

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna
in cotutela con Università di Strasburgo

DOTTORATO DI RICERCA IN

DIRITTO EUROPEO

Ciclo XXVI

Settore Concorsuale di afferenza: 12/E1 – Diritto internazionale e dell'Unione europea

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/14 – Diritto dell'Unione europea

**LOTTA ALLA CRIMINALITA' E SALVAGUARDIA
DEI DIRITTI E DELLE LIBERTA' FONDAMENTALI
NELL'U.E.**

Presentata da: Silvia Righi

**Coordinatore Dottorato
Prof.ssa Lucia Serena Rossi**

**Relatore
Prof. Marco Balboni**

**Relatore
Prof.ssa Fabienne Kauff-Gazin**

Esame finale anno 2014

INDICE

INTRODUZIONE

6

CAPITOLO I – IL CONCETTO DI SICUREZZA INTERNA COME DIRITTO E LIMITE ALL’ESERCIZIO DELLE LIBERTA’ INDIVIDUALI

11

Considerazioni introduttive: sicurezza nazionale e diritti e libertà fondamentali 11

Sezione 1. La sicurezza nazionale e l’ordine pubblico: limiti al diritto dell’Unione 15

1. La sicurezza nazionale e l’ordine pubblico come prerogativa statale 16

1.1. Le disposizioni del Trattato che consacrano la competenza esclusiva degli Stati membri in materia 17

1.2. Le deroghe al Trattato al fine di assicurare la sicurezza nazionale e l’ordine pubblico 23

2. La sicurezza nazionale e l’ordine pubblico come deroghe alle libertà previste dai Trattati : la libertà di circolazione 26

2.1. La sicurezza nazionale e l’ordine pubblico in qualità di deroghe alla libera circolazione nel diritto derivato : l’apporto fondamentale della Corte di giustizia 27

2.2. La sicurezza nazionale nelle disposizioni dell’acquis di Schengen 36

Sezione 2. La costruzione di una sicurezza interna europea : necessità e profili critici di una lotta integrata alla criminalità 38

1. Dai primi passi della cooperazione all’alba del Trattato di Lisbona 39

1.1. L’alba della cooperazione in materia di sicurezza interna e lo sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia 39

1.2. Il focus della neo-nata sicurezza europea: dalla criminalità organizzata al terrorismo 42

2. Il Trattato di Lisbona ed i programmi d’azione – nuove prospettive 44

2.1. Le novità introdotte dal Trattato di Lisbona 45

2.2. I documenti di programmazione 49

PARTE I : IL PROBLEMA DEL RISPETTO DEI DIRITTI IN MATERIA DI GIUSTIZIA PENALE

53

CAPITOLO 2 – GLI STRUMENTI A FINALITA’ REPRESSIVA

58

Sezione 1. Gli strumenti che influiscono direttamente sulla libertà personale 61

1. Le novità introdotte dalle decisioni quadro e l’attenzione posta a diritti e libertà fondamentali nei testi delle stesse 63

1.1. La decisione quadro sulla criminalità organizzata: un’occasione mancata? 65

1.2. La decisione quadro sul mandato d’arresto europeo: la difficoltà dell’applicazione del principio del mutuo riconoscimento in un panorama di scarsa fiducia reciproca tra Stati membri 71

1.2.1. I principali elementi di novità 71

1.2.2. Le disposizioni che richiamano i diritti fondamentali 74

2.	I diritti nel MAE e nella sua attuazione, e l'apporto della Corte di giustizia	79
2.1.	Gli elementi attinenti al giusto processo	79
2.2.	(Segue) Il <i>ne bis in idem</i>	85
2.3.	Gli altri diritti in rilievo	88
2.3.1.	Il principio di legalità in materia penale	89
2.3.2.	Il principio di non discriminazione	90
	<i>Sezione 2. Gli strumenti concernenti le prove di reato</i>	95
1.	Il mandato europeo di ricerca delle prove: uno strumento inefficace	96
2.	La proposta di direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: il sistema post-Lisbona alla prova dei fatti	103
2.1.	Luci ed ombre della proposta: una prima valutazione	105
2.2.	Segue: i diritti e le libertà fondamentali in un testo provvisorio	110
	CAP 3 – GLI STRUMENTI A QUALITÀ GARANTISTA E PROMOZIONALE	113
	<i>Sezione 1. Gli strumenti per la tutela dei diritti della difesa: i diritti processuali europei</i>	116
1.	La tabella di marcia sui diritti procedurali europei	121
1.1.	La direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali	122
a)	<i>Il diritto all'interpretazione</i>	126
b)	<i>Il diritto alla traduzione</i>	128
1.2.	La direttiva sul diritto all'informazione nei procedimenti penali	130
1.3.	La direttiva relativa al diritto di avvalersi di un difensore e al diritto a informare e comunicare con terzi da momento della privazione della libertà personale	135
a)	<i>Diritto di avvalersi di un difensore</i>	137
b)	<i>Diritto di informare e comunicare dal momento dell'arresto</i>	139
2.	L'individuazione degli altri diritti processuali	141
2.1.	Il principio del <i>ne bis in idem</i> nell'ordinamento giuridico dell'Unione	141
2.1.1.	Il ruolo della Corte nella definizione della nozione di <i>ne bis in idem</i> a livello dell'Unione	144
2.1.2.	I nodi ancora irrisolti legati all'applicazione del principio del <i>ne bis in idem</i> : verso l'adozione di una direttiva?	147
2.2.	Il nuovo pacchetto di diritti procedurali europei: una prima valutazione	149
2.3.	I diritti processuali europei: il dibattito sul metodo	153
	<i>Sezione 2 - Gli strumenti di cooperazione a livello dell'Unione europea per la tutela della vittima</i>	160
1.	La tutela dei diritti delle vittime: gli strumenti dedicati	163
1.1.	La direttiva che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato: un passo in avanti rispetto alla decisione quadro 2001/220/GAI?	164
1.2.	La direttiva sulla protezione delle vittime della tratta esseri umani: l'emersione della finalità garantista nella lotta contro il crimine	168
2.	La direttiva sull'ordine europeo di protezione tra garanzia e repressione: uno sguardo critico	173
	Conclusioni preliminari - Parte I	178

PARTE II : IL PROBLEMA DEL RISPETTO DEI DIRITTI DI LIBERTA' 183

CAP 4 – IL DIRITTO AL RISPETTO DEI DATI PERSONALI E LA COOPERAZIONE DI POLIZIA 186

Sezione 1. Le tensioni create da un'evoluzione difficile della cooperazione di polizia 187

1. L'evoluzione della cooperazione di polizia 188
 - 1.1. Le tensioni con diritti e libertà fondamentali determinate da un'evoluzione esterna al quadro giuridico dell'Unione 189
 - 1.2. Gli strumenti di cooperazione operativa 194
2. Gli strumenti dell'Unione per lo scambio di informazioni 197
 - 2.1. Il principio di disponibilità e la decisione quadro sullo scambio di informazioni 199
 - 2.2. Il sistema di banche dati 203

Sezione 2. La protezione dei dati personali nell'Unione e le prospettive aperte dal Trattato di Lisbona 208

1. La protezione dei dati personali nell'Unione 209
 - 1.1. L'apporto centrale della Corte europea dei diritti dell'uomo 211
 - 1.2. La decisione quadro sulla protezione dei dati personali trattati nel quadro della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale 214
2. Verso una riformulazione del rapporto tra diritto alla protezione dei dati personali e cooperazione di polizia? Le novità apportate dalla *lisbonizzazione* 218
 - 2.1. Le prospettive aperte dal Trattato di Lisbona 219
 - 2.2. Il pacchetto di riforma sulla protezione dei dati personali 224

CAP 5 – IL DIRITTO ALLA PROPRIETA' PRIVATA E LA LOTTA ALLA CRIMINALITA' 228

Sezione 1. La lotta al riciclaggio alla prova di diritti e libertà fondamentali 231

1. La terza direttiva sul riciclaggio 233
 - 1.1. Presentazione critica degli aspetti principali della direttiva 234
 - 1.2. La direttiva alla prova dei diritti e delle libertà fondamentali 236
2. Un approccio a più pilastri: la questione della base giuridica 241
 - 2.1. Gli strumenti di ex terzo pilastro per la lotta al riciclaggio: decisione quadro su riciclaggio e decisione UIF 242
 - 2.2. Prospettive future: la nuova proposta di direttiva antiriciclaggio 245

Sezione 2. Gli strumenti di tipo patrimoniale alla prova di diritti e libertà fondamentali: il diritto alla proprietà privata 249

1. Diritto alla proprietà privata: un diritto non assoluto 252
 - 1.1. L'apporto fondamentale della Corte europea dei diritti dell'uomo 253
 - 1.2. L'affermazione del diritto nel quadro giuridico dell'Unione: la Corte di giustizia 255
2. La confisca di beni e proventi di reato a livello dell'Unione 259
 - 2.1. Le decisioni quadro concernenti la confisca 260
 - 2.2. La nuova proposta di direttiva: verso un approccio realmente integrato di lotta alla criminalità? 262

Conclusioni preliminari – Parte II 265

CONCLUSIONI	268
BIBLIOGRAFIA	276

INTRODUZIONE

Tra i primi vantaggi legati all'esistenza dell'Unione europea vi è, indubbiamente, la libertà di circolazione, tanto di persone quanto di beni e capitali. Tra i primi ad avvalersene vi sono però state le organizzazioni criminali, che vedevano nelle barriere –materiali ed immateriali- alle frontiere nazionali unicamente un ostacolo ad i loro traffici. La strage di stampo 'ndranghetista consumatasi a Duisburg (in Germania) nell'estate del 2007 ha reso evidente il fenomeno, ponendo il problema di una criminalità organizzata transnazionale sotto gli occhi di tutti i governi ed i cittadini europei. La lotta integrata al fenomeno criminale, con particolare attenzione a quello di tipo organizzato, rappresenta quindi una necessità incontestabile per l'Unione.

La cessione (condivisione) del potere in materia è però istintivamente rigettata dagli Stati sovrani. Si tratta infatti di un ambito di intervento in cui entrano in gioco politiche tradizionalmente prerogative degli Stati nazionali: l'attività di polizia e quella giudiziaria in ambito penale. Evidenza della ritrosia degli Stati ad assegnare all'Unione la competenza ad intervenire in queste materie si trova nel ritardo con cui la cooperazione in materia si è sviluppata.

La sicurezza nazionale in quanto tale rimane tuttora appannaggio assoluto degli Stati membri, come ribadito dal Trattato di Lisbona, che la considera competenza esclusiva statale e esclude il controllo sulla stessa da parte della Corte di Giustizia. A partire dal Trattato di Maastricht, però, nei singoli ambiti di intervento richiamati, che attengono la sicurezza interna – declinata come ordine pubblico - è stata introdotta una prima forma di cooperazione.

Gran parte della tensione degli Stati membri volta a mantenere il controllo delle politiche relative viene sicuramente, oltre che dal fatto che esse appartengono al nocciolo duro della sovranità, anche dalla necessità di assicurare il rispetto di diritti e libertà fondamentali. Il rapporto tra gli strumenti di repressione e di mantenimento dell'ordine pubblico ed i diritti del singolo è infatti alla base del patto tra cittadino e Stato di appartenenza, e si trova quindi al cuore della sovranità stessa. La cessione di potere nei due ambiti di intervento indicati necessiterebbe quindi con tutta evidenza una condivisione di quelle garanzie che fondano il patto, aspetto che costituisce il nodo principale del problema. Anche in materia di diritti fondamentali, infatti, solo molto recentemente l'Unione ha raggiunto la maturità che è necessaria per la costruzione di una vera comunità, attribuendo valore giuridico vincolante alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

E' quindi facile vedere la connessione tra l'assenza di competenza dell'Unione nei due ambiti precitati, e ciò è emerso in modo chiaro fin dai primi tentativi di cooperazione in ambito di lotta alla

criminalità inaugurati con il Trattato di Maastricht. I settori della cooperazione di polizia e di quella giudiziaria in ambito penale hanno infatti continuato ad essere fortemente caratterizzati dalla pressante influenza dei particolarismi nazionali, come dimostra il fatto che, fino al Trattato di Lisbona, siano stati sottoposti a processi decisionali che vedevano gli Stati, singolarmente quanto in contrapposizione alle istituzioni sovranazionali, quali decisori ultimi.

La cooperazione giudiziaria in materia penale ha vissuto una stagione, nonostante ciò, prolifica all'inizio del secolo, grazie agli strumenti forniti dal Trattato di Amsterdam ed alla spinta data dal Consiglio europeo di Tampere. Esso ha infatti introdotto il principio del mutuo riconoscimento per tentare di ovviare alla dimostrata indisponibilità degli Stati ad adottare strumenti di reale armonizzazione in materia. Contemporaneamente è anche stato adottato il primo programma pluriennale dedicato alla realizzazione dell'obiettivo di fare dell'Unione un unico spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Delle tre dimensioni che caratterizzano lo spazio così identificato, la seconda, quella della sicurezza, ha però ampiamente prevalso, in gran parte anche sull'onda dell'”emergenza sicurezza” seguita agli attentati terroristici iniziati nel 2001. Evidenza di ciò sta tanto nel numero di strumenti adottati, quanto nelle caratteristiche degli stessi. Il rapporto tra giustizia penale e diritti necessita infatti di un equilibrio che, come emergerà dall'analisi, non si ritrova nelle misure adottate, la più importante delle quali, non a caso, incontra tuttora grosse difficoltà di applicazione.

Il riferimento è al mandato d'arresto europeo, che risulta deficitario sotto il profilo delle garanzie offerte all'imputato/indagato ed ha quindi causato frequenti ricorsi davanti alla Corte di giustizia. Le difficoltà di attuazione vengono infatti in gran parte dalla mancanza di fiducia nei sistemi nazionali degli altri Stati in merito, quella fiducia reciproca che dovrebbe essere invece alla base del mutuo riconoscimento e che è stata data erroneamente per scontata. Per svilupparla è necessario quindi intervenire sul versante dei diritti, che sono, in effetti, ineludibili nel momento in cui si tende a costruire uno spazio di giustizia comune.

Il raggiungimento di una tale consapevolezza è alla base dell'introduzione, nel Trattato di Lisbona, di due basi giuridiche che costituiscono il primo vero passo verso la costruzione effettiva di quella fiducia reciproca, e quindi anche di un vero spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia. Si tratta dell'art. 82 TFUE che permette di adottare norme a finalità protettiva e promozionale in materia di giustizia penale e dell'art. 16 TFUE, che oltre a confermare la protezione dei dati personali in qualità di diritto fondamentale, lo elegge ad obiettivo dell'Unione.

Tale ultimo diritto risulta particolarmente importante per la ricerca in quanto messo fortemente in tensione dalla cooperazione di polizia sviluppata a livello dell'Unione. Gli aspetti operativi dall'attività relativa sono infatti minimi, mentre al centro si trova lo scambio di informazioni. Nel

quadro costituito dai moderni mezzi di comunicazione e stockaggio massivo, il trattamento di dati sensibili è particolarmente delicato e necessita quindi di misure di salvaguardia importanti.

Anche in materia di cooperazione di polizia, l'azione dell'Unione è stata tardiva, tanto da determinare uno sviluppo *prima facie* esterno al quadro giuridico dell'Unione (è il caso degli accordi di Schengen e del Trattato di Prüm), fattore che ha causato ulteriori problemi dal punto di vista del controllo democratico e del rispetto dei diritti in riferimento alle misure adottate. Le stesse sono infatti in un secondo momento entrate a far parte dell'*acquis* dell'Unione senza alcuna ulteriore verifica.

La mancanza di volontà ad agire di alcuni Stati ha quindi avuto il perverso affetto di far adottare disposizioni con tutta evidenza invasive, come quella concernente l'istituzione di banche dati nazionali contenenti profili del DNA accessibili agli altri Stati membri. Il principio di disponibilità dei dati governa infatti l'azione dell'Unione in materia, e si esplica in gran parte nella creazione di banche dati. Lo scambio massivo di informazioni che ne deriva è suscettibile di determinare, oltre alla violazione di diversi aspetti del diritto richiamato, una situazione di rischio sotto altri profili, come quello della non discriminazione.

Una normativa che regoli in modo chiaro la raccolta e l'utilizzo dei dati è quindi di primaria importanza, ma l'Unione si è mostrata ancora una volta deficitaria sotto il profilo della salvaguardia del diritto, adottando strumenti tardivi che risultano inefficaci. Il Trattato di Lisbona permetterebbe, come detto, di intervenire per modificare la situazione.

Per quanto riguarda invece la possibilità di adottare misure a carattere difensivo in materia di giustizia penale – tanto a protezione delle vittime di reato, quanto di coloro che ne sono autori - l'Unione ha già cominciato ad operare, ma il problema rimane definire il livello di protezione che si vuole assicurare e il raggio della protezione stessa. Il rischio è infatti che, ancora una volta, la riluttanza degli Stati membri a cedere sovranità conduca ad un gioco al ribasso, che porti all'adozione di strumenti espressione di un basso livello di garanzie. Questo, oltre che inutile, sarebbe dannoso. Da un lato non permetterebbe di raggiungere quella fiducia reciproca che invece dovrebbe esserne promossa; dall'altro impedirebbe la costruzione di un vero spazio di giustizia europeo, e contribuirebbe a trasmettere, anche all'esterno, un'immagine prevalentemente "economicistica" dell'integrazione europea.

Un ulteriore diritto che viene fortemente in risalto in materia di lotta alla criminalità è quello al rispetto della proprietà privata. Aspetto fondamentale di forme moderne di contrasto al fenomeno criminale, che sempre di più penetra il tessuto dell'economia legale, è infatti quella dell'aggressione ai capitali. Questa deve essere condotta sia attraverso la lotta al riciclaggio, sia attraverso misure di confisca patrimoniale. E' quindi chiaro che il limite tra il diritto alla proprietà e la necessità di

restringere questo diritto è in causa e determina forti tensioni nel momento in cui non viene individuata, a livello dell'Unione, una frontiera chiara ed univoca alla compressione del diritto in esame.

Trattandosi, in questo caso, di misure che riguardano i capitali, la normativa relativa si divideva, prima dell'adozione del Trattato di Lisbona, tra gli ex primo e terzo pilastro, dando origine a discrasie non benefiche per l'efficacia degli interventi, né per la definizione del limite richiamato.

L'abolizione della struttura in pilastri e l'ingresso pieno del Parlamento in qualità di colegislatore forniscono quindi, insieme alle nuove basi giuridiche, l'opportunità di ribaltare il volto dell'Unione nella lotta al crimine, rendendolo, al tempo stesso, più efficace e più rispettoso dei diritti fondamentali. L'azione dell'Unione in materia ha infatti assunto una dimensione nuova, andando a prefigurare un obiettivo autonomo, che solo può condurre alla costruzione di un autentico spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Emblematica di tale percorso e di tale opportunità è la risoluzione adottata il 23 ottobre scorso dal Parlamento europeo, che, elaborata dalla Commissione speciale CRIM sulla criminalità organizzata, fornisce linee di intervento chiare e moderne in materia, integrando le stesse con disposizioni volte ad un'altrettanto chiara e decisa salvaguardia dei diritti fondamentali.

A conclusione di tale panoramica non va però dimenticato che il trattato di Lisbona dispone anche la possibilità di uno sviluppo a geometria variabile del processo di integrazione, con particolare riferimento alle materie invocate, e mantiene meccanismi –come i cosiddetti “freni di emergenza”– che permettono agli Stati riluttanti di bloccare il processo stesso.

La ricerca sarà essenzialmente organizzata in due parti, composte da due capitoli ciascuno, che saranno precedute da un capitolo introduttivo.

Quest'ultimo presenterà un quadro generale riguardante la nozione di sicurezza all'interno dell'Unione, mettendo in evidenza come essa costituisca, al tempo stesso, motivo di deroga alla cooperazione tra Stati e fine della stessa.

La prima parte sarà dedicata allo studio della questione del rispetto dei diritti in materia di giustizia penale. Quello della cooperazione giudiziaria in materia penale costituisce infatti, ad oggi, il principale ambito di intervento per la lotta alla criminalità ed è anche quello che in modo evidente e più di tutti, si presta a determinare la violazione dei diritti e delle libertà dell'individuo. Il primo dei due capitoli che la compongono analizzerà le misure a finalità repressiva al fine di mettere in luce in che modo ed in quale misura esse – e la loro applicazione - prendano in conto la salvaguardia dei diritti; il secondo analizzerà invece le misure in materia con finalità garantista e promozionale, al fine di valutarne il livello di ambizione (la comparazione sarà principalmente condotta - oltre che in riferimento alla Carta - con lo standard dato dal Consiglio d'Europa, che costituisce, come

richiamato dalla stessa Carta dei diritti fondamentali, lo standard minimo).

Nella seconda parte verranno affrontati i due diritti di libertà (entrambi si trovano sotto il Titolo della Carta dedicato alla “Libertà”) messi in tensione dal contrasto alla criminalità, e quindi, come già richiamato, il diritto alla protezione dei dati personali e quello al rispetto della proprietà privata. Si tratta in entrambi i casi di diritti non assoluti che suscitano ancora ampi dibattiti in riferimento alla possibilità di trovare contenimento in ragione di necessità esterne. Essi sono chiamati in gioco da precisi ambiti di intervento dell’Unione: la cooperazione in materia di polizia e quella concernente misure dirette ai capitali (che saranno oggetto di analisi nei due capitoli che compongono la parte, insieme ai due diritti precedentemente evocati). Un’altra caratteristica che unisce i due capitoli è data proprio da un aspetto comune ai due tipi di cooperazione in esame: entrambi, infatti, vedono una compresenza di strumenti appartenenti agli ex primo e terzo pilastro. Nel corso di tutta l’analisi, particolarmente significativo risulterà l’apporto della Corte di giustizia, in quanto la violazione di diritti e libertà fondamentali emerge con chiarezza al momento dell’applicazione delle norme giuridiche. L’analisi della giurisprudenza verrà affiancata da quella della dottrina e, ove questa non esistesse ancora in ragione del carattere recente delle misure, l’analisi si concentrerà su queste ultime e sui lavori preparatori relativi.

CAP I – IL CONCETTO DI SICUREZZA INTERNA COME DIRITTO E LIMITE ALL’ESERCIZIO DELLE LIBERTA’ INDIVIDUALI

Considerazioni introduttive: sicurezza nazionale e diritti e libertà fondamentali

La presente ricerca sarà dedicata a verificare se e come, a livello dell’Unione europea, la lotta alla criminalità (ed in particolare alla criminalità organizzata) venga condotta nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali e se la cooperazione tra Stati membri su questo fronte possa giungere a promuovere standard omogenei ed elevati di tutela degli stessi.

La lotta alla criminalità¹ è una delle componenti della missione, tradizionalmente propria degli Stati sovrani, di assicurare la sicurezza ai propri cittadini all’interno del territorio.

Prima quindi di analizzare le misure specifiche adottate a livello dell’Unione, ci si occuperà, in questo primo capitolo, di individuare come l’obiettivo della sicurezza interna sia affrontato da parte degli Stati membri e quanto essi siano stati disposti a cedere sovranità a fronte della necessità impellente di attuare politiche efficaci.

Il perseguimento della sicurezza, e precisamente di quella interna, sarà quindi l’oggetto di studio di questo capitolo. Dopo aver tentato di identificare cosa si intenda con il termine “sicurezza nazionale”, si andrà ad evidenziare come i Trattati, anche in seguito alla revisione apportata a Lisbona, continuino ad identificarla quale motivo di deroga, invocabile dagli Stati per sottrarsi agli obblighi previsti dai testi stessi. La deroga così identificata vale, a seconda dei casi e secondo modalità differenti, tanto per il Trattato nel suo complesso -e per il mercato interno più nello specifico-, quanto in riferimento alle singole libertà frutto del processo di integrazione.

Gli Stati membri si sono avvalsi molto più frequentemente del secondo tipo di deroghe, quelle “specifiche”, e, di conseguenza, in quest’ambito si è sviluppata e consolidata una giurisprudenza della Corte di giustizia volta a specificarne la natura e circoscriverne le opportunità di utilizzo. Va poi sottolineato preliminarmente che nella stragrande maggioranza dei casi gli Stati hanno fatto ricorso alla deroga prevista per il mantenimento dell’ordine pubblico, che rappresenta parimenti

¹ La criminalità organizzata rappresenta un tipo molto particolare di criminalità, con peculiarità che rendono spesso insufficienti i mezzi di contrasto utilizzati per il contrasto alla criminalità “comune”, ma ai fini del presente capitolo può essere a quest’ultima accomunata

quella maggiormente rilevante ai fini del contrasto alla criminalità, e quindi di centrale interesse per il presente studio. Come si vedrà, inoltre, e come spesso è accaduto anche in altri ambiti, la giurisprudenza è poi stata incorporata nel *corpus* normativo dell'Unione².

Nell'ultima parte del capitolo si evidenzierà come il mantenimento della sicurezza interna non costituisca più una missione alla quale gli Stati possono adempiere singolarmente, e che, anzi, visto il livello di integrazione da essi raggiunto in qualità di membri dell'Unione europea, tale compito richieda invece uno stretto coordinamento, quando non un'azione unitaria. Partendo da questo presupposto verrà tratteggiato un quadro dell'attività svolta a livello dell'Unione in questo ambito, in modo da evidenziare il percorso che ha portato al riconoscimento dell'effettiva necessità di un'azione comune per poter far fronte alle sfide, ed in particolare a quella posta dal crimine organizzato; negli ultimi decenni esse sono infatti divenute esponenzialmente più insidiose in ragione, *in primis*, del progresso tecnologico. Ciò porterà ad evidenziare quanto i "confini nazionali" della sicurezza, i cui contenuti e forme di origine sono diverse da Stato a Stato, vadano annebbiandosi, ed emerga invece sempre più una concezione di sicurezza europea (nell'accezione dell'Unione), non solo sul piano esterno ma anche su quello interno³. Ne sono emblema la Strategia europea di materia di sicurezza esterna⁴ del 2003 e la più recente Strategia europea di sicurezza interna⁵, adottata dal Consiglio europeo nel marzo 2010.

Il mantenimento della sicurezza interna è sicuramente uno degli elementi che concorrono a costituire il nocciolo duro della sovranità statale e quindi dei compiti primari dello Stato. La sicurezza nazionale (e la sicurezza interna in qualità di sua componente) rappresenta infatti uno di quei beni primari che gli Stati sono chiamati a garantire ai loro cittadini. Tale concetto è stato declinato autonomamente da parte delle singole unità statali nella forma data al potere politico ed ha conosciuto processi autonomi di sviluppo che hanno seguito l'evoluzione delle stesse⁶. La costruzione dei limiti e della forma della sicurezza nazionale ha subito le influenze di avvenimenti storici, quanto di fattori culturali e socio-economici⁷. Ciò è particolarmente vero con riferimento

² In particolare tramite la Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, GU L158 del 30.04.2004

³ F. TRAUNER, "The internal-external security nexus: more coherence under Lisbon?", in *EUISS Occasional paper*, EU Institute for Security Studies, n° 89, marzo 2011

⁴ Consiglio europeo, Strategia europea in materia di sicurezza "Un'Europa sicura in un mondo migliore", Bruxelles, 12 dicembre 2003

⁵ Consiglio europeo, Strategia europea di sicurezza interna "Verso un modello di sicurezza europeo", Bruxelles, 25-26 marzo 2010

⁶ Come verrà esposto nella sezione 1 paragrafo 1.2, tali caratteristiche sono state riconosciute *mutatis mutandi* in riferimento alla nozione di ordine pubblico da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia

⁷ M. ANDERSON and J. APAP, "Changing Conceptions of Security and their Implications for EU Justice and Home Affairs Cooperation", *CEPS Policy Brief* n° 26, Brussels, Centre for European Policy Studies, 2002, pp. 1-2

agli Stati del vecchio continente, che, formatisi in epoche e modi differenti, hanno riempito la categoria in esame di significati assolutamente non coincidenti.

Come detto, il concetto di sicurezza nazionale è intrinsecamente legato a quello di sovranità, il quale ha una doppia valenza, politica e giuridica⁸. Nell'accezione politica, "sovranità" si riferisce all'esercizio autonomo ed indipendente del potere politico, o, più classicamente, al monopolio dell'uso legittimo della forza sul territorio nazionale (posto in essere, emblematicamente, per il tramite delle forze dell'ordine). L'aspetto giuridico della sovranità attiene invece all'esclusiva facoltà di produrre norme vincolanti per i soggetti che si trovino su un determinato territorio e di emettere sentenze definitive.

Tale considerazione porta facilmente ad affermare che la sicurezza nazionale, che ha assunto un profilo giuridico nel momento della codificazione delle norme che regolano i principi della convivenza all'interno dello Stato moderno, è però essenzialmente legata alla sovranità intesa come esercizio del potere politico⁹. Il suo contenuto varia quindi in relazione al periodo storico di riferimento ed alla forma di stato assunta, e, per questo motivo, è più facilmente individuabile in Stati a forma consolidata e stabile.

La principale linea divisoria tra i diversi concetti giuridici di sicurezza nazionale è costituita però dal rapporto fra questa e i diritti fondamentali: non è infatti unanime la considerazione che la tutela dei diritti individuali (in particolare politici e civili, ancor meno sociali) rientri nel concetto di sicurezza nazionale e faccia quindi parte integrante della primaria missione dello Stato di garantire la difesa dei suoi cittadini ed il rispetto dell'ordine costituzionale¹⁰. Prendendo come punto di riferimento Francia e Gran Bretagna, i due Stati europei che rappresentano la culla dell'affermazione dei diritti dell'individuo come limite al potere sovrano, già le situazioni sono difformi.

La strategia francese per la sicurezza nazionale elaborata tra il 2007 ed il 2008 da una commissione *ad hoc*, con lo scopo di dettare le direttive in materia fino al 2020, prevede espressamente tra i suoi obiettivi la difesa di valori quali le libertà individuali e collettive, il rispetto della dignità umana, la solidarietà e la giustizia, presentati come fondanti per il patto repubblicano¹¹. Lo stesso non si può

⁸ Per un'analisi più approfondita, M. ANDERSON, "European police cooperation. History and Theory", in F. LONGO (a cura di), *The European Union and the challenge of transnational organised crime*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 13-15

⁹ M. VALENTINI, "Sicurezza nazionale, sicurezza della Repubblica", in *Gnosis. Rivista italiana di intelligence*, n°22, 2002, p. 1, accessibile all'indirizzo: <http://www.sisde.it/sito/Rivista22.nsf/servnavig/9>

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ J.-C. MALLET (a cura di), *Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale: une nouvelle stratégie pour la France*, Francia, 2008, p. 62, accessibile all'indirizzo: www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/0000.pdf

affermare per la strategia di sicurezza nazionale presentata dal governo britannico nel 2010, che tra gli obiettivi non menziona affatto la salvaguardia dei diritti dei cittadini¹².

Il mantenimento della sicurezza nazionale rappresenta però al tempo stesso uno dei compiti che lo Stato come forma di organizzazione sociale è chiamato a realizzare proprio per garantire ai propri cittadini di poter usufruire di quei diritti e di quelle libertà che i regimi democratici pongono al centro dell'impianto costituzionale. Benché la realtà legata ai fenomeni di globalizzazione ed alle nuove sfide che essa pone nonché al processo d'integrazione europea abbia condotto ad un discusso annebbiamento di tale netta suddivisione¹³, nell'ambito della sicurezza nazionale si possono concettualmente identificare una dimensione interna ed una esterna. La prima si sovrappone inevitabilmente al concetto di sicurezza pubblica¹⁴, mentre la seconda attiene alla sfera delle relazioni esterne; per ognuna di esse, si è storicamente sviluppato un corpo armato di riferimento, emblematicamente i corpi della polizia e dell'esercito. Va però precisato che tale distinzione non è così netta, come confermato dal fatto che la Corte di giustizia, nell'interpretare la nozione di sicurezza pubblica ai sensi della direttiva 2004/38¹⁵, vi ha ripetutamente ricompreso sia la sicurezza interna che quella esterna¹⁶.

Nell'ambito d'azione legato alla sicurezza interna, la quale, nella sua accezione più larga, ricomprende l'ordine pubblico¹⁷ e che costituisce l'aspetto della sicurezza nazionale rilevante ai fini della presente ricerca, il bilanciamento tra sicurezza collettiva e diritti individuali rappresenta un nodo che i diversi sistemi nazionali europei hanno affrontato e definito in modo autonomo. Essi hanno identificato sistemi di controllo democratico e meccanismi per assicurare la proporzionalità nel momento in cui hanno identificato condizioni atte a determinare la prevalenza della prima sui secondi. Si tratta di "controllare i controllori", al fine di evitare che questi eccedano nel loro imperio e vadano a violare i diritti dei "controllati"¹⁸.

La necessità di un'attività di controllo sui controllori è poi tanto più eclatante nel sistema giuridico dell'Unione europea, che, a fronte di una consistente cessione di sovranità da parte degli Stati

¹² UK government, *A strong Britain in an age of uncertainty: the national security strategy*, United Kingdom, 2010, p. 34, accessibile all'indirizzo:

www.direct.gov.uk/prod_consum_dg/groups/dg_digitalassets/@dg/@en/documents/digitalasset/dg_191639.pdf

¹³ Per un approfondimento sul cambiamento del concetto di sicurezza nel contesto del processo d'integrazione europea, si veda M. ANDERSON and J. APAP, *op. cit.*; il concetto del mutamento del concetto di sicurezza verrà ripreso ed ampliato nella seconda sezione del capitolo

¹⁴ S. PEERS, "National security and European law", in *Yearbook of European Law*, n°16, 1996, p. 363

¹⁵ Art. 28 n. 3 direttiva 2004/38

¹⁶ Vedi CGUE, 23 novembre 2010, causa C-145/09, *Tsakourdis*, punto 43, vedi anche sentenze 26 ottobre 1999, causa C-273/97, *Sirdar*, in Racc. 1999, pp. I-7403 e segg., punto 17; 11 gennaio 2000, causa C-285/98, *Kreil*, in Racc. 2000, pp. I-69 e segg., punto 17; 13 luglio 2000, causa C-423/98, *Albore*, in Racc. 2000, pp. I-5965 e segg., punto 18, e 11 marzo 2003, causa C-186/01, *Dory*, in Racc. 2003, pp. I-2479 e segg., punto 32

¹⁷ Per la differenza tra sicurezza pubblica in senso stretto ed ordine pubblico nella loro qualità di motivi di deroga alle libertà sancite dal Trattato, si veda sezione 1 paragrafo 2

¹⁸ M. ANDERSON, *op. cit.*, pp. 14-15

membri, ha provveduto a regolamentare una porzione sempre più consistente della vita dei cittadini di tali Stati, ponendo in capo a questi diritti vecchi e nuovi. Qualsiasi forma, quindi, abbiano assunto le deroghe ai Trattati in ragione della minaccia alla sicurezza nazionale¹⁹, ogni volta che gli Stati vi fanno ricorso, vi è il rischio, in mancanza di un appropriato sistema di controllo democratico e giurisdizionale, di consistenti violazioni tanto dei diritti individuali²⁰, quanto del principio di legalità.

Sezione 1. La sicurezza nazionale e l'ordine pubblico: limiti al diritto dell'Unione

In ragione dei diversi modi sviluppatasi per combinare sicurezza collettiva e diritti e libertà individuali, nonchè per assicurarsi comunque la prerogativa del controllo in ultima istanza sulla sicurezza interna, nel momento in cui gli Stati hanno realizzato la necessità di cooperare a livello sovranazionale²¹ hanno posto la minaccia alla sicurezza nazionale quale motivo di sospensione degli obblighi assunti²². E' questo il caso della sospensione degli accordi per stato di "necessità" o "emergenza", che si riscontra tanto nei Trattati istitutivi dell'UE, quanto in altri testi del diritto internazionale, primo fra tutti la Convenzione di Schengen²³. Essa prevede all'art. 2.2 una chiara deroga²⁴ alla libera circolazione delle persone per esigenze di ordine pubblico o di sicurezza nazionale con conseguente possibilità di reintroduzione di controlli alle frontiere fra gli Stati contraenti. Nonostante i freni teoricamente posti agli Stati per il ricorso a tale clausola grazie all'incorporazione dell'*acquis* di Schengen nel quadro giuridico dell'Unione ed al controllo operato tramite il ricorso al principio di proporzionalità²⁵, essi hanno continuato a fare di tale possibilità un uso diffuso, tale da determinare la coniazione dell'espressione "stato di emergenza permanente"²⁶.

¹⁹ Intesa nell'accezione di sicurezza interna e quindi ordine pubblico, secondo la costruzione sopra fornita

²⁰ S. PEERS, *op. cit.*, p. 363

²¹ Si veda la sezione 2

²² S. PEERS, *op. cit.*, p. 363

²³ Convenzione di applicazione degli accordi di Schengen, 1990; per un approfondimento sull'uso diffuso dello "stato di emergenza" quale deroga all'applicazione della Convenzione di Schengen, si veda J. APAP and S. CARRERA, "Maintaining security within borders: towards a permanent state of emergency in the EU?", CEPS *Policy Brief* n°41, Brussels, Centre for European Policy Studies, 2003. La deroga alla libertà di circolazione delle persone verrà affrontata nel paragrafo 2.1.

²⁴ Si veda paragrafo 2.1.

²⁵ Si veda sezione 1 paragrafo 2.2; sull'importanza di tale azione, si veda L. S. Rossi, *Le convenzioni fra gli stati membri dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 92-94

²⁶ J. APAP and S. CARRERA, *op. cit.*, si veda paragrafo 1.3; sul concetto di "stato di emergenza", tra gli altri Agamben Giorgio, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003; l'evidenziazione del rischio della deriva verso lo stato

Bisogna tuttavia sottolineare che nel contesto dell'Unione è molto più frequente il ricorso degli Stati a deroghe "specifiche", concernenti le (relativamente giovani) libertà di circolazione iscritte nel Trattato –libertà che nel quadro giuridico dell'Unione hanno definitivamente acquisito lo stesso rango dei diritti fondamentali classici grazie all'attribuzione di valore giuridico vincolante alla Carta.

In questo ambito si è quindi sviluppata e consolidata una ricca giurisprudenza al fine di delineare con chiarezza i contorni delle deroghe e di circoscriverne le opportunità di utilizzo. Va preliminarmente evidenziato che nella grande maggioranza dei casi gli Stati si sono principalmente giovati della deroga prevista per l'ordine pubblico, che rappresenta anche la più rilevante ai fini della lotta contro la criminalità, e dunque d'interesse primario per la presente ricerca. In oltre, l'analisi farà emergere come tale giurisprudenza sia successivamente stata inglobata nel *corpus* giuridico dell'Unione.

1. La sicurezza nazionale e l'ordine pubblico come prerogativa statale

Il Trattato di Lisbona, pur rappresentando per molti aspetti sicuramente un passo in avanti nel processo d'integrazione, non ha però marcato un tratto di discontinuità per quanto riguarda la riserva di sovranità nazionale per ciò che attiene alle politiche di sicurezza.

Al contrario emergerà come le prerogative degli Stati nell'ambito della protezione della loro sicurezza è perfino rafforzata dal nuovo Trattato e, malgrado gli sforzi della Corte di giustizia, non è previsto alcun reale controllo della Corte di giustizia relativo. Vi è infatti il rischio che, nel nome della sicurezza nazionale e dell'ordine pubblico, gli Stati possano mettere in pericolo i diritti e le libertà dei propri cittadini²⁷. Questa situazione presenta un limite ulteriore dato dall'assenza a livello dell'Unione di un meccanismo efficace per sanzionare gli Stati colpevoli di tali violazioni, in quanto, come verrà esposto, la procedura prevista dell'Art. 7 TUE costituisce una possibilità piuttosto aleatoria, che risponde a logiche di opportunità e di valutazione politica, piuttosto che prettamente giuridiche.

d'eccezione permanente emerge anche in M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, Editions du Seuil, 2010, p.223

²⁷ Il ricorso davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo costituisce infatti un controllo in ultima istanza, ed in ogni caso esterno al quadro giuridico dell'Unione, fattore che minaccia di minare l'autonomia di quest'ultima

1.1. Le disposizioni del Trattato che consacrano la competenza esclusiva degli Stati membri in materia

Il Trattato riformato esclude all'art. 4 par. 2 del TUE in modo chiaro ed esplicito la competenza dell'Unione in materia di mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale; esso specifica poi ulteriormente, sottolineando quindi l'assolutezza di tale previsione, che la sicurezza nazionale rimane prerogativa di ciascuno Stato membro. Va evidenziato come la disposizione finale dell'articolo non fosse presente nel Trattato costituzionale e rappresenti quindi un ripiegamento degli Stati su loro stessi²⁸. L'insistenza sul concetto e l'inserimento di tale articolo in posizione così privilegiata sembrerebbero poi stonare con quello che è lo spirito del Trattato di Lisbona che, oltre a determinare un passo in avanti nel processo d'integrazione – e quindi, come analizzerò nel prosieguo della ricerca, una devoluzione di crescenti porzioni di sovranità all'UE – pone le premesse per uno stretto controllo dell'osservanza dei diritti fondamentali tramite l'art. 6 TUE²⁹.

Tale impressione è sostanziata dalla lettura, in combinato con l'art. 4 TUE, dell'art. 72 TFUE, che lascia in via esclusiva in capo agli Stati membri la responsabilità in merito alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza interna. Tale prerogativa statale resta infatti impregiudicata dall'applicazione delle norme raccolte sotto il capo "Disposizioni generali" facente parte del titolo V sullo "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia". La disposizione in esame era già presente prima dell'ultima modifica del Trattato in due diversi punti: all'interno dell'ex art. 64 TCE che disciplinava le materie afferenti allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia che già erano state *comunitarizzate* ed all'ex art. 33 TUE, dove la stessa formulazione era ripresa con riferimento alla cooperazione di polizia e giudiziaria in ambito penale.

Risulta quindi evidente che la scelta di introdurre l'art. 4 TUE mira ad andare deliberatamente oltre quanto previsto in precedenza³⁰ ed a togliere ogni dubbio circa la possibilità di una qualsivoglia azione dell'Unione in materia. Da un punto di vista strettamente giuridico, infatti, il solo art. 72 TFUE sostituirebbe pienamente i due articoli pre-Lisbona, raccogliendoli in sé. Invece, nel momento dell'abolizione della struttura a pilastri -fatto che rappresenta un significativo approfondimento dell'integrazione³¹ -, gli Stati hanno voluto ribadire la loro assoluta prerogativa ad

²⁸ R. BARATTA, "Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità", in *Il Diritto dell'Unione europea*, Roma, Giuffrè, n°3, 2010, p. 550

²⁹ Per una panoramica esaustiva della protezione dei diritti fondamentali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si veda Autori vari, "La protezione dei diritti dell'uomo nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona", estratto in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, n°3, 2009, pp. 645-767

³⁰ C. LADENBURGER, "The resources of European security developing the EU treaty bases for police cooperation and judicial cooperation in criminal matters", in *European review of public law*, Esperia Publications, vol. 20 n°1, 2008, p. 143

³¹ Benchè, come emergerà dal proseguo dello studio, la struttura in pilastri abbia lasciato strascichi di assoluta rilavanza

agire in materia di sicurezza nazionale, ponendo l'art. 4 in una posizione di primaria importanza, ossia tra le disposizioni comuni, e rendendolo così (preventivamente) valido non solo per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ma in riferimento a tutto il Trattato. E' vero, d'altronde, che la Corte di giustizia si è in passato costantemente pronunciata in merito alla competenza esclusiva degli Stati in materia di sicurezza pubblica³², ma, facendo riferimento tale concetto ad un regime derogatorio particolare ed attinente al mercato interno, era intervenuta introducendo uno stringente controllo di proporzionalità³³.

L'introduzione dell'art. 4 trova probabilmente spiegazione proprio nello sviluppo, raggiunto con lo stesso Trattato di Lisbona, delle competenze dell'Unione in materia di cooperazione di polizia e di giustizia in ambito penale. Questi rappresentano infatti gli ambiti di azione potenzialmente più pericolosi per l'esercizio delle competenze statali volte al mantenimento della sicurezza nazionale, che, inevitabilmente³⁴, sconfinano nella sicurezza europea contribuendo ad integrarla. La disposizione rappresenta quindi per gli Stati una sorta di compensazione per la cessione di sovranità effettuata e, allo stesso tempo, un appiglio sicuro nel caso dell'insorgenza di conflitti di attribuzione, in questo come in altri ambiti comunque a ciò riferiti.

La pericolosità di siffatta scelta appare evidente se si pensa che, come detto in precedenza, il concetto di sicurezza nazionale varia da Stato a Stato. Quindi, non essendovi un'uniforme nozione di sicurezza nazionale, con confini giuridici stabili e chiaramente definiti, vi è il rischio che, in assenza di criteri fissi e verificabili, la disposizione in esame venga utilizzata dagli Stati in modo arbitrario per riacquistare parte della sovranità perduta, nonché, vista la delicatezza della materia, che ciò ponga a rischio il rispetto dei diritti e delle libertà individuali³⁵.

La competenza esclusiva degli Stati in materia è completata dal dettato dell'art. 276 TFUE. Questo esclude la possibilità per la Corte di Giustizia di valutare la validità e la proporzionalità delle operazioni di polizia³⁶, ma, soprattutto, sfuggono al suo controllo tutte le azioni portate a termine dagli Stati membri "per il mantenimento dell'ordine e la salvaguardia della sicurezza interna". Tale disposizione riprende il testo dell'ex art. 35 par. 5 TUE, e, come questo, lo pone in riferimento ai titoli concernenti la cooperazione di polizia e giudiziaria in ambito penale³⁷. Viene quindi

³² Come deroga a libertà sancite dal Trattato, si veda sezione 1 paragrafo 2

³³ Si veda sezione 1 paragrafo 2.2

³⁴ Si veda sezione 2

³⁵ E' questo il caso anche di misure di ordine pubblico introdotte per la lotta al terrorismo negli anni successivi al 2001, che, in quanto afferenti, appunto, al terrorismo, esulano però dall'ambito di ricerca del presente studio. Per una panoramica sul rapporto tra tali misure ed il diritto internazionale dei diritti umani, si veda L. ZAGATO, "L'eccezione per motivi di emergenza nel diritto internazionale dei diritti umani", in *Deportate, esuli, profughe. Rivista telematica di scritti sulla memoria femminile*, n°5-6, 2006, pp. 137-156, accessibile all'indirizzo: http://www.unive.it/media/allegato/dep/Ricerche/9_Zagato.pdf

³⁶ Si veda sezione 2 paragrafo 2.1

³⁷ La sua posizione è mutata passando dal TUE al TFUE in virtù della scomparsa della struttura in pilastri

confermata l'esclusione completa della competenza della Corte su quegli atti che più, fra tutti, sono suscettibili di ledere i diritti individuali.

Le novità introdotte dal Trattato di Lisbona, tanto in materia di salvaguardia dei diritti fondamentali che di cooperazione di polizia e giudiziaria penale, potrebbero però, nel caso in cui se ne presentasse l'occasione, spingere la Corte, storicamente caratterizzata per il suo attivismo in materia di diritti fondamentali, ad esprimersi nel tentativo di proteggere tali diritti. Si pensi all'ipotesi di un atto adottato dall'UE in una delle materie sopra richiamate che, nel caso in cui fosse applicabile direttamente, andasse ad incidere su di una situazione in cui fossero in gioco la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico. Nel momento in cui l'applicazione dell'atto andasse, nei fatti, a prefigurare una possibile violazione dei diritti fondamentali, la Corte potrebbe essere chiamata ad interpretare la norma. Il giudice dell'Unione potrebbe, per questa via, tentare di fornire criteri particolarmente restrittivi per l'utilizzo della norma stessa. In particolare, la tensione potrebbe nascere nel momento in cui i diritti di cui fosse lamentata la violazione appartenessero alla categoria dei diritti cosiddetti indisponibili. Bisogna però sottolineare come l'eventualità che una siffatta situazione si verifichi sia in realtà –almeno al momento- altamente aleatoria³⁸. E' infatti molto difficile che negli ambiti riportati vengano adottati atti direttamente applicabili, che non necessitino di alcuna misura di recepimento o di esecuzione.

In tale remota eventualità, l'identificazione della categoria di diritti menzionata non sarebbe poi semplice, soprattutto in ragione del fatto che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³⁹ attribuisce espressamente a tutti i diritti in essa contenuti la stessa importanza e centralità. Non è quindi sufficiente far riferimento alla Carta, la quale non opera distinzioni, e gli strumenti di diritto internazionale di questo tipo sono al riguardo contrastanti tra loro⁴⁰. Tuttavia, il riferimento principe nel caso dell'Unione europea va sicuramente alle disposizioni della CEDU⁴¹, che al par. 2 dell'art. 15 identifica in questo senso il diritto alla vita⁴², il divieto della tortura, della riduzione in schiavitù

³⁸ Ciò risulterà evidente nei capitoli 2 e 4. Nel momento in cui una misura nazionale di recepimento o esecuzione fosse presente ed andasse a regolare una situazione attinente alla protezione della sicurezza nazionale o dell'ordine pubblico, la Corte perderebbe, in virtù del sopra richiamato art. 276, ogni tipo di giurisdizione

³⁹ Tale documento, elaborato da una Convenzione *ad hoc* su incarico del Consiglio europeo di Colonia del 3-4 giugno 1999, fu proclamato ufficialmente in occasione del Consiglio europeo di Nizza del 7-9 dicembre 2000 ed ha assunto valore giuridicamente vincolante con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, tramite il richiamo operato dall'art. 6 TUE

⁴⁰ L. ZAGATO, *op. cit.*, p. 143

⁴¹ Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Roma, 4 novembre 1950; tale Convenzione, in virtù della giurisprudenza della Corte di giustizia codificata nell'attuale art. 6 TUE, rappresenta il primo riferimento dell'ordinamento giuridico dell'Unione in materia di diritti fondamentali (in quanto strumento pattizio internazionale sottoscritto da tutti gli Stati membri dell'UE) e costituisce, allo stesso tempo, lo standard minimo di protezione che l'Unione assicura

⁴² Che non è in realtà assoluto. La CEDU non proibisce infatti essa stessa la pena di morte ed il diritto alla vita non è quindi in questo senso assoluto, ma riguarda la privazione della vita in modo illegale, a cui si aggiunge, in virtù del Protocollo n° 6 sopra richiamato, la condanna alla pena di morte in tempo di pace. Inoltre, il secondo paragrafo

ed il principio *nullum crimen sine lege*⁴³. A questi si aggiungono il principio *ne bis in idem* ed il divieto della pena di morte, ricavati da due Protocolli⁴⁴ annessi alla Convenzione.

E' vero che la Carta pone tutti i diritti sullo stesso piano, ma è evidente che quelli menzionati –che comunque rimangono veramente molto pochi se si esclude anche il diritto alla vita- rappresentano un nucleo assolutamente intoccabile. Una menzione particolare va poi fatta, per l'importanza e la centralità che da sempre riveste nell'ordinamento comunitario, in riferimento al principio di non discriminazione. Esso non figura tra i diritti inderogabili CEDU ma il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici⁴⁵ lo identifica -all'art. 4 par. 1- quale limite alle misure adottate dagli Stati contraenti in situazioni eccezionali. Questo potrebbe, in virtù dell'art. 6 par. 3 TUE, essere preso come ulteriore riferimento per l'identificazione dei diritti indisponibili. Va però sottolineato che nel testo del Patto manca, tra gli altri, proprio il criterio della non-discriminazione sulla base della nazionalità⁴⁶, che è invece fondante per l'Unione.

L'unica possibilità che rimane alla Corte di Giustizia per tentare di arginare la violazione di diritti e libertà individuali da parte di quegli atti che l'art. 276 sottrae alla sua competenza è quella di interpretare le nozioni di sicurezza nazionale e di ordine pubblico nel modo quanto più restrittivo possibile. Questa rappresenta, d'altronde, la tipica attitudine della Corte nei confronti di tutte quelle disposizioni che rappresentano deroghe al Trattato, e l'articolo 4, nell'ottica sopra descritta, può essere considerata come una deroga generale (in senso lato) a tutti i diritti e le libertà sancite dal Trattato stesso e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tuttavia al momento non si registrano casi nei quali, di fronte alla Corte, uno Stato si sia appellato alla disposizione del Trattato in esame.

Per sanzionare il mancato rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati, vi sarebbe poi il meccanismo previsto dall'art. 7 TUE. Si tratta però in questo caso di una procedura estrema e di

dell'art. 2 enumera altre tre eccezioni. E' vero che il Protocollo n° 13 annesso alla Convenzione prevede l'abolizione della pena di morte in qualsiasi situazione, ma non tutti gli Stati membri dell'Unione l'hanno ratificato; la Polonia non ha infatti ancora provveduto. Ciò appare profondamente in contrasto con il fatto che la Carta –diventa giuridicamente vincolante con il Trattato di Lisbona- prevede all'art. 2 l'abolizione assoluta della pena di morte in tutta l'Unione (la situazione è particolarmente strana in quanto nel 2003, anno in cui sono giunte la maggior parte delle ratifiche al Protocollo da parte dei paesi europei, la Polonia aveva firmato il Trattato di adesione all'Unione). Tale situazione crea una difficoltà ulteriore nell'opera di circoscrizione della categoria dei diritti inviolabili. Tale aspetto è espressione di un problema che nel caso di specie è però puramente teorico, in quanto uno strumento dell'Unione non potrà mai determinare il rischio dell'introduzione della pena di morte. Se si aggiunge a ciò la considerazione che le tre eccezioni previste all'art. 2 riguardano questioni di sicurezza nazionale e ordine pubblico, si comprende bene che l'ipotesi della determinazione di un rischio reale per il diritto alla vita determinato da un atto dell'Unione è assai improbabile. Questi costituiscono infatti, come è stato appena descritto, ambiti prerogative degli Stati membri.

⁴³ Artt. 2-3-4.1-7 CEDU

⁴⁴ Art. 4 Protocollo n° 7 adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, ed art. 3 Protocollo n° 6 sull'abolizione della pena di morte in tempo di pace, adottato a Strasburgo il 28 aprile 1983

⁴⁵ Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, 16 dicembre 1966

⁴⁶ Art 4 par. 1 “.. discriminazione fondata unicamente sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla lingua, sulla religione o sull'origine sociale”

taglio marcatamente politico, che non può essere avviata per violazioni puntuali. Inoltre, l'efficacia dell'articolo 7 è altamente discussa: se il caso Haider aveva portato, in sede di revisione dei Trattati a Nizza, all'introduzione di una procedura di allerta preventiva richiamata sopra, rimane comunque altamente improbabile⁴⁷ che si giunga alla constatazione di violazione grave⁴⁸ ed al ricorso al meccanismo di sanzioni previsto dal paragrafo 3.

Esso rappresenta infatti una condanna politica, e quindi veramente l'*ultima ratio*, come dimostra il fatto che in più casi, anche molto recenti, non sia stato attivato nonostante sussistessero le premesse di fatto. I riferimenti più lampanti in questo senso sono al caso polacco dei gemelli Lech e Jaroslaw Kaczynski ed al recentissimo caso ungherese.

Nel 2005 i gemelli Kaczynski, alla guida del partito cattolico intransigente ed illiberale di destra "Legge e Giustizia", divennero rispettivamente Presidente e Primo ministro, assumendo così, fino al 2007, il controllo del paese. Diverse furono le misure repressive adottate dai due, in particolare nei confronti di omosessuali⁴⁹ - ricevendo, per il divieto opposto nel 2005 allo svolgimento della manifestazione *gay pride* a Varsavia, una condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo - ed oppositori politici: nel 2007 cavalcarono la cosiddetta "lustracja", obbligando professori, avvocati, giornalisti, politici a rispondere a questionari circa la loro eventuale collaborazione con l'ex regime sovietico. Sulla stessa linea si muove il partito ultra-nazionalista Fidesz guidato da Viktor Orbán attualmente al governo in Ungheria, il quale ha adottato nel 2011 alcune misure particolarmente gravi, che minano fortemente l'indipendenza di media, Banca centrale e Corte Costituzionale e modificano la legge sulla circoscrizioni elettorali in modo da assicurare la rielezione al partito di governo⁵⁰. In nessuno dei due casi è stato fatto ricorso all'art. 7 TUE, ed a questo è stata preferita, nel primo caso la sola pressione politica e mediatica, mentre nel secondo, il 17 gennaio 2012, sono state aperte dalla Commissione tre procedure d'infrazione⁵¹ (rispettivamente per violazione dell'indipendenza della Banca centrale, del sistema giudiziario e dell'Autorità per i dati personali)⁵².

⁴⁷ Per una critica all'art. 7 TUE, si veda B. NASCIBENE, "Le sanzioni dell'ex art. 7 TUE", in *Il Diritto dell'Unione europea*, Roma, Giuffrè, n°1, 2002, pp. 196-197

⁴⁸ Art. 7 par. 2 TUE

⁴⁹ La Polonia è stata condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione della libertà di associazione, Corte EDU, 3 maggio 2007, causa 1543/06, *Baczkowski e altri c. Polonia*

⁵⁰ Si veda per una ricostruzione più approfondita, K. KOVÁCS and A. TÓTH GÁBOR, "Hungary's Constitutional Transformation", in *European Constitutional Law Review*, vol. 7, 2011, pp. 183-203

⁵¹ Due delle quali – quelle che riguardano l'indipendenza dell'autorità garante della protezione dei dati personali e del potere giudiziario – sono sfociate, il 25 aprile 2012, in un ricorso davanti alla Corte di giustizia

⁵² A questi due casi si potrebbe aggiungere quello delle repubbliche baltiche, paesi nei quali tuttora vengono propugnati atti di repressione (della libertà di manifestazione) e discriminazione (linguistica e di accesso al lavoro in primis) ai danni della minoranza russa. L'unica denuncia levatasi a Bruxelles nei confronti di tali violazioni dei diritti fondamentali è quella del Parlamento europeo, i cui membri, in particolare nel secondo semestre del 2009 e nel primo

Il Trattato di Lisbona ha poi introdotto un ultimo aspetto che, sebbene rappresenti un elemento di controllo democratico sull'operato dell'Unione e si riveli importante quindi per la legittimità democratica dell'azione sovranazionale⁵³, costituisce una fonte ulteriore di ingerenza nazionale nell'attività delle istituzioni dell'UE. Si tratta dell'incremento del coinvolgimento dei Parlamenti nazionali nel processo di adozione degli atti normativi e, più in generale, nel controllo del rispetto della sussidiarietà⁵⁴. L'introduzione del meccanismo d'allerta preventiva⁵⁵, il più innovativo tra i nuovi accorgimenti, rappresenta infatti anche un modo, per gli Stati, di assicurarsi il rispetto delle proprie prerogative, e di usare il potere di controllo dei Parlamenti nazionali come strumento ultimo per la verifica della legalità dell'azione sovranazionale. Viste però le soglie⁵⁶ necessarie per bloccare una proposta di atto, è difficile che un tale meccanismo possa avere conseguenze rilevanti⁵⁷, anche perché l'opportunità di evitare definitivamente l'adozione dell'atto rimane comunque in capo al Parlamento europeo o al Consiglio.

Il problema del mancato controllo da parte della Corte di Giustizia sul ricorso degli Stati a particolari misure volte al mantenimento della sicurezza nazionale è acuito, sotto il profilo del rischio di violazione dei diritti e delle libertà individuali, dalle carenze che spesso si riscontrano sul fronte del controllo interno. Infatti, le Corti interne agli Stati si mostrano spesso riluttanti ad esprimersi contro misure di sicurezza prese dai governi nazionali ed applicano quindi soglie di tolleranza elevate⁵⁸. In questa situazione, l'unica possibilità che rimarrebbe ai singoli per far valere i propri diritti, è quindi il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Viene però naturale domandarsi se questo sia sufficiente e non vi sia invece la necessità, tanto sostanziale quanto d'immagine, di far sì che, in paesi che fanno dei diritti fondamentali e della democrazia la loro bandiera, un tale ricorso costituisca l'ultima *ratio*, e non il solo rimedio possibile.

del 2010, hanno proposto interrogazioni a Commissione e Consiglio con particolare riferimento alla situazione lituana, senza che queste abbiano però avuto alcun seguito

⁵³ In particolare nelle materie afferenti allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che costitutivamente presentano i rischi maggiori sotto il profilo

⁵⁴ Protocollo n°1 sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea e Protocollo n°2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, annessi al Trattato; per un approfondimento in materia, si veda M. GENNART, "Les Parlements nationaux dans le Traité de Lisbonne: évolution ou révolution", in *Cahiers de droit européen*, Bruxelles, Editions Bruylant, vol. 46, 2010, pp. 17-46

⁵⁵ Per uno studio delle implicazioni e delle potenzialità del meccanismo d'allerta preventiva, si veda P. KIVER, "The early-warning system for the principle of subsidiarity: the national Parliament as a Conseil d'Etat for Europe", in *European Law Review*, London, Sweet & Maxwell, vol. 36, 2011, pp. 98-108

⁵⁶ La previsione della soglia della maggioranza dei voti concessi ai Parlamenti nazionali è l'unica che permette poi di evitare, tramite l'intervento del legislatore dell'Unione, che la proposta giunga alla prima lettura

⁵⁷ P. KIVER, "The Treaty of Lisbon, the national Parliaments and the principle of subsidiarity", in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Maastricht, Maklu Uitgevers, vol. 15, 2008, pp. 81-82

⁵⁸ Si veda S. PEERS, *op. cit.*, p. 392 e J. APAP and S. CARRERA, *op. cit.*

1.2. Le deroghe al Trattato al fine di assicurare la sicurezza nazionale e l'ordine pubblico

Il Trattato contiene poi disposizioni di deroga “generale” *strictu sensu* volte a garantire agli Stati il controllo sulla tutela della propria sicurezza e dell'ordine pubblico. Si tratta degli articoli 346 e 347 TFUE⁵⁹ (già presenti nel Trattato CE agli ex art. 296 e 297). Il primo di essi introduce due tipi di deroghe basate sulla sicurezza nazionale: una prima con riferimento alla possibilità di non divulgare informazioni ed una seconda concernente la produzione e commercializzazione di materiale bellico. L'art. 347, invece, si riferisce alla possibilità che gli Stati adottino misure in deroga alle regole del mercato unico per garantire l'ordine pubblico, per tutelarsi in caso di minaccia di guerra o per “far fronte agli impegni [...] assunti ai fini del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale”⁶⁰.

Gli Stati hanno tentato di proporre un'interpretazione estensiva di tali disposizioni in modo che esse andassero di fatto a costituire deroghe generali di sicurezza pubblica⁶¹, una sorta di riserva assoluta di sovranità⁶². La Corte si è però fermamente rifiutata di avvallare tale interpretazione⁶³, ribadendo la necessità che le deroghe al Trattato siano interpretate restrittivamente e sottolineando come le misure previste dall'art. 347, consentendo una deroga altamente invasiva in quanto riferita a tutti gli aspetti del mercato interno, comportino un surplus di eccezionalità e possano essere adottate, appunto, solamente in casi “affatto eccezionali”⁶⁴.

Tale linea della Corte si sostanzia nella previsione di un controllo di fatto sulla validità della decisione del ricorso a misure eccezionali. Il Trattato prevede espressamente, all'art. 348 TFUE, che la Commissione e la Corte vigilino -tramite un ricorso che ricalca la procedura d'infrazione al netto della fase precontenziosa o con una fase precontenziosa abbreviata e semplificata- sul rischio che gli Stati facciano un uso abusivo dei poteri loro attribuiti dai due articoli precedenti. Tale controllo è stato esteso dalla Corte indirettamente alla validità della misura stessa attraverso una verifica delle ragioni addotte per farvi ricorso. Queste subiscono un primo vaglio, preventivo, in

⁵⁹ S. PEERS, *op. cit.*, pp. 379-387

⁶⁰ Art. 347 TFUE

⁶¹ S. PEERS, *op. cit.*, p. 380

⁶² Si veda P. KOUTRAKOS, “Is article 297 EC a «Reserve of Sovereignty?»”, in *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, pp. 1339-1362

⁶³ CGUE, 15 maggio 1986, causa C-222/84, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, in Racc. 1986, p. 1651 e segg., punto 26

⁶⁴ *Ibidem*, punto 27; tale presa di posizione è stata confermata dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 6 aprile 1995, causa C-120/94 R, *Commissione c. Grecia (Macedonia)*, in Racc. 1996, p.1-1513 e segg., punto 46; si vedano anche le conclusioni dell'Avvocato Generale Gand del 14 novembre 1968, causa 13/68, *S.p.a. Salgoil c. Ministero del commercio con l'estero*, in Racc. 1968, p. 617 e segg., a p. 626, nelle quali, anche in riferimento all'art. 347 TFUE (allora 224 TCEE), si afferma che “sono disposizioni eccezionali, che vanno interpretate restrittivamente e non possono essere invocate per negare l'esistenza di diritti nascenti da altre disposizioni del trattato”.

virtù dell'obbligo di consultazione con gli altri Stati membri sancito dall'art. 347 TFUE, e possono poi essere ricontrollate dalla Corte nel caso in cui la Commissione o un altro Stato membro ritengano che sia stato fatto un uso abusivo della possibilità di deroga prevista all'articolo stesso.

L'obbligo di consultazione, che permette di operare un controllo tra pari, è rafforzato da quello di leale cooperazione, e, ad ulteriore conferma, l'Avvocato Generale Tesauro ha rimarcato, nelle conclusioni al caso *Commissione c. Grecia*, che non è consentito “agli Stati membri di adottare, in via generale e preventiva, senza che sussista e senza che venga neppure affermata l'esistenza della situazione eccezionale descritta dalla norma, deroghe unilaterali a principi fondamentali del diritto comunitario”⁶⁵. E' pertanto necessario verificare caso per caso che le condizioni di ricorso all'art. 347 TFUE siano presenti.

Ciò non esclude però la possibilità che lo Stato sotto esame decida di adottare misure non concordate, ed al fine di completare il controllo è previsto il ricorso giurisdizionale (anche se, verosimilmente, è molto difficile che l'iniziativa sia assunta da un altro Stato membro). Inoltre nell'ordinanza del caso *Commissione c. Grecia (Macedonia)*, la Corte ha chiarito che è di sua competenza “verificare se le condizioni stesse di applicazione dell'art. 224⁶⁶ siano soddisfatte nella fattispecie, [sebbene questo] implichi l'esame di questioni giuridiche complesse”⁶⁷. Se l'articolo 348 TFUE prescrive solamente la possibilità di operare un controllo sull'abuso del ricorso a misure derogatorie al mercato comune, la Corte si è in questo modo, di fatto, ritagliata la competenza per controllare la legittimità dell'esistenza stessa di tali misure. La Corte ha poi, tramite la sua giurisprudenza, ulteriormente circoscritto le circostanze di ricorso alla deroga e nel caso *Albore* ha sottolineato la condizione del sussistere di una situazione di rischio “reale, concreto e grave ai quali non potrebbe essere posto rimedio mediante misure meno restrittive”⁶⁸ per lo Stato, tale da metterne in grave pericolo gli interessi vitali, se non la sua stessa esistenza. Entra qui in gioco chiaramente il test di proporzionalità, sull'applicazione del quale alle deroghe che riguardano le libertà sancite dal Trattato, la Corte ha costruito una decisa giurisprudenza, che verrà analizzata nel prosieguo della ricerca.

Il controllo sui dispositivi di deroga sopra richiamati ha lo scopo espresso di salvaguardare il buon funzionamento del mercato comune, ma per il suo tramite è possibile estendere il controllo anche nei confronti delle ricadute che le misure eccezionali possono avere sui diritti fondamentali. Nel

⁶⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro del 25 settembre 1997, causa C-62/96, *Commissione c. Grecia*, in Racc. 1997, p.I- 6727 e segg., punto 21.

⁶⁶ Ora 347 TFUE

⁶⁷ Ordinanza della CGUE, 29 giugno 1994, causa C-120/94 R, *Commissione c. Grecia (Macedonia)*, in Racc. 1994, p. I- 3037 e segg., punto 69

⁶⁸ CGCE, 13 luglio 2000, causa C-423/98, *Alfredo Albore*, in Raccolta 2000, p. I-5965 e segg., punto 22

caso *Johnston*⁶⁹, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi, tra le altre cose, sull'interpretazione dell'ex art. 224 TCEE⁷⁰ e sulla possibilità per i singoli di far ricorso al sindacato giurisdizionale per il controllo di una misura adottata da uno Stato con fini dichiarati di salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblici. Essa, affermando che tale opportunità è espressione del diritto ad un'effettiva tutela giurisdizionale -un principio generale riflesso nelle costituzioni degli Stati membri e nella CEDU-⁷¹, si è espressa a favore della possibilità per il singolo di chiedere al giudice nazionale di pronunciarsi nel merito. E' vero che la pronuncia della Corte appare ambigua in quanto successivamente sembra restringere la validità della sua affermazione al caso in cui l'attività del giudice non pregiudichi l'efficacia dei provvedimenti in esame⁷²; sembra però di poter affermare che sia l'atto stesso di far ricorso al giudice che deve sottostare a tale condizione, non il giudizio che tale giudice potrebbe esprimere sulla misura. Rimane quindi teoricamente aperta la possibilità di uno sviluppo in questa direzione e quindi di un ruolo attivo della Corte nel favorire un'elevata soglia di tutela dei diritti individuali anche nell'ambito delle competenze strettamente nazionali (già nel caso richiamato, ad esempio, era in gioco la violazione del diritto alla non discriminazione sulla base del sesso nell'accesso al lavoro). A questo punto il problema rimane però il fatto che le Corti nazionali, alle quali è quindi demandata la funzione di controllo, sono generalmente -come detto- molto riluttanti ad esercitare un reale controllo ed a frenare decisioni prese in nome della sicurezza nazionale, e difficilmente saranno portate a modificare tale atteggiamento per compiacere la Corte di giustizia dell'UE⁷³.

Va infine osservato come il dettato del Trattato, unitamente alle specificazioni di origine giurisprudenziale sopra richiamate, vada a ricalcare le restrizioni poste all'adozione di misure eccezionali previste dall'art. 15 CEDU⁷⁴. La Convenzione è, come già accennato, particolarmente attenta a delimitare il più possibile la possibilità degli Stati di ricorrere a misure che sfuggano ad ogni controllo e possano derogare al rispetto dei diritti normalmente garantiti. L'articolo stesso prevede infatti, al par. 3, l'obbligo di notifica non solo per l'adozione delle misure eccezionali, ma anche quello concernente la cessazione dello stato di emergenza. Tale ultima accortezza rappresenta un plus rispetto a quanto scritto nei Trattati ed elaborato dalla Corte di giustizia, che potrebbe quindi servirsene per estendere il suo controllo, a vantaggio di una maggiore salvaguardia dei diritti fondamentali che tale disposizione tutela.

⁶⁹ CGUE, *Johnston, cit.*

⁷⁰ Attuale art. 347 TFUE

⁷¹ CGUE, *Johnston, cit.*, punto 18

⁷² punto 60

⁷³ S. PEERS, *op. cit.*, p. 392

⁷⁴ per un'analisi puntuale si veda L. ZAGATO, *op. cit.*, pp. 145-152

Gli articoli del Trattato evocati sembrano trovare origine nella *ratio* comune di delimitare nel modo più netto e chiaro possibile il reparto di competenze tra Unione e Stati in materia di sicurezza nazionale, facendo di questa un ambito d'esercizio esclusivamente riservato ai secondi. Come detto, infatti, tale competenza costituisce gran parte del nocciolo duro⁷⁵ della sovranità, e gli Stati lo percepiscono quindi come punto fermo per la loro sopravvivenza.

Accanto agli articoli del Trattato che richiamano la competenza statale in materia di sicurezza nazionale ed ordine pubblico, ve ne sono altri che, in riferimento all'osservanza di precise libertà e diritti sanciti dal testo stesso, prevedono deroghe specifiche. In questi casi, però, l'azione della Corte di Giustizia, dotata di maggiori poteri nel merito, si è confermata nella sua tradizione di attivismo, ponendo limiti all'operato degli Stati. A questo scopo, particolarmente fruttuoso si è rivelato il ricorso al principio di proporzionalità che informa tutto il sistema giuridico dell'Unione, nonché l'azione della Corte volta a fornire criteri (restrittivi) per la qualifica della "minaccia" opposta dagli Stati membri per far ricorso alle deroghe.

2. La sicurezza nazionale e l'ordine pubblico come deroghe alle libertà previste dai Trattati : la libertà di circolazione

La sicurezza e l'ordine pubblico rappresentano motivi di deroga –insieme alla sanità pubblica- alla libertà di circolazione delle persone all'interno dell'area dell'Unione europea. La libera circolazione delle persone ha un rango di primaria importanza come dimostra il fatto che sia inserita all'art. 3 TUE fra gli obiettivi fondamentali dell'Unione europea e costituisca, al tempo stesso, un diritto fondamentale di ogni cittadino europeo. Tale libertà ha origine economica, funzionale al corretto funzionamento del mercato interno, come ancora dimostra l'art. 26 TFUE che prevede l'abbattimento degli ostacoli posti in questo senso dagli Stati membri⁷⁶. La libertà di circolare era

⁷⁵ R. BARATTA, *op. cit.*, pp. 551-552, M.-A. GRANGER, "Existe-t-il un «droit fondamental à la sécurité»?" in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, n. 2, 2009, p. 273

⁷⁶ Sulla materia, tra gli altri C. BARNARD, *The substantive law of the EU – The four freedoms*, Oxford University Press, 2010; L. TRIFONE, "La libera circolazione dei lavoratori ed il limite dell'ordine pubblico nella nuova direttiva n° 2004/38", in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, Napoli, Editoriale scientifica, vol. 44, n° 1, 2005, pp. 7-35; F. WEISS e F. WOOLRIDGE, *Free movement of persons within the European Community*, The Hague, Kluwer, 2002; L. S. ROSSI, "I beneficiari della libera circolazione delle persone nella giurisprudenza comunitaria", in *Foro italiano*, IV, 1994, pp. 97-112; G. LYON-CAEN, "La libre circulation des travailleurs dans la Communauté économique européenne", in *Droit social*, 1989, pp. 526-533. Il superamento dell'identificazione del lavoratore in qualità di beneficiario privilegiato nel diritto derivato, e quindi della concezione mercantilistica del diritto di circolazione, è avvenuto definitivamente con l'adozione della direttiva 2004/38/CE del 29 aprile 2004. Questa, che modifica –di fatto sostituendosi a- nove direttive ed un regolamento, ha compiuto una sistematizzazione ed una razionalizzazione della normativa in materia ed ha incorporato la giurisprudenza della Corte di giustizia. L'operato della Corte si è rivelato fondamentale da un lato per

inizialmente legata alla qualifica dei beneficiari come lavoratori subordinati od autonomi (prestatori di servizi), impostazione che ancora si ritrova negli attuali articoli 45, 49 e 56 TFUE. Il diritto derivato, tramite strumenti *ad hoc* ha progressivamente esteso tale diritto⁷⁷, ed oggi tale impostazione è stata superata e la libertà di circolazione è assicurata a tutti i cittadini dell'Unione. In particolare questa è giunta ad assumere, per ognuno di essi, il valore di libertà fondamentale, legata alla cittadinanza UE ed assicurata dall'art. 21 TFUE a dall'art. 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE⁷⁸.

La sicurezza e l'ordine pubblico -assieme alla sanità pubblica⁷⁹- rappresentano i principali motivi di deroga da parte degli Stati al regime di libera circolazione. Tali deroghe, sancite dal Trattato agli articoli 45 par. 3 e 52 (riferiti, rispettivamente, ai lavoratori subordinati ed autonomi), sono state specificate e circoscritte dalla giurisprudenza della Corte e dal diritto derivato che, come accennato, ha incorporato gli sviluppi giurisprudenziali.

Prima di passare ad analizzare in che modo la Corte abbia agito per contenere il ricorso a tali deroghe, è necessario ripetere come le nozioni di riferimento non abbiano un'interpretazione univoca e non facciano quindi riferimento ad una casistica di chiara definizione e chiaramente circoscrivibile. Va infatti ricordato come il concetto di sicurezza pubblica sfugga ad una definizione precisa, come già argomentato in precedenza⁸⁰, e lo stesso vale per quella di ordine pubblico.

2.1. La sicurezza nazionale e l'ordine pubblico in qualità di deroghe alla libera circolazione nel diritto derivato : l'apporto fondamentale della Corte di Giustizia

estendere il diritto di circolazione a categorie sempre più ampie di soggetti e dall'altro, come si vedrà in seguito, per circoscrivere le condizioni alle quali sono applicabili le deroghe previste all'esercizio di tale libertà. Emblematica è la sentenza della Corte di Lussemburgo nel caso *Baumbast*. Con questa è stato infatti affermato l'effetto diretto dell'art. 21 TFUE, estendendo così pienamente il diritto alla circolazione a tutti i cittadini dell'Unione e facendo di questo un diritto immediatamente opponibile; al tempo stesso ciò fa sì che a tutte le categorie di cittadini si estenda un'interpretazione restrittiva dei motivi di deroga, come tipicamente vale per tutte le disposizioni del Trattato. CGUE, 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast*, in Racc. 2002, p. I-70912 e segg. Sull'apporto della Corte si veda anche L. Trifone, "L'ammissibilità di limiti parziali alla libera circolazione delle persone: la sentenza *Oteiza Olazabal*", in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, Napoli, Editoriale scientifica, vol. 42, n° 4, 2003, p. 758; L. Dubois e C. Blumann, *Droit materiel de l'Union européenne*, Montchrestien, Lextenso édition, 2009, pp. 44-49; P. Craig e G. De Burca, *EU text, cases, and material*, Oxford University Press, 2011, pp. 755-770, 824-829; N. Rogers e R. Scannell, *Free movement of persons in the enlarged European Union*, London, Sweet & Maxwell, 2005, pp. 235-244

⁷⁷ Lo stesso articolo 21 prevede, al par. 1, l'intervento del legislatore dell'Unione per normare con precisione il diritto sancito; si veda M. BALBONI, "Il G8 e l'espulsione di cittadini comunitari", in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, n°4, 2001, pp. 41-42

⁷⁸ Sulla qualificazione del diritto di circolazione e soggiorno quale attributo della cittadinanza si veda M. CODINANZI, A. LANG e B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 30-34

⁷⁹ il cui studio esula dall'ambito della presente ricerca

⁸⁰ Si vedano le considerazioni introduttive al presente capitolo e la sezione 1 paragrafo 1

La direttiva 2004/38/CE⁸¹ è lo strumento di diritto derivato che disciplina il diritto di circolazione e soggiorno sul territorio dell'Unione, ed anche essa riprende le deroghe basate su sicurezza nazionale ed ordine pubblico.

Per quanto concerne la prima, la Corte, recentemente interpellata in merito all'interpretazione della direttiva 2004/38/CE nel caso *Tsakourdis* ha affermato, richiamandosi alla sua stessa giurisprudenza⁸², che “il pregiudizio al funzionamento delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali nonché la sopravvivenza della popolazione, come il rischio di perturbazioni gravi dei rapporti internazionali o della coesistenza pacifica dei popoli, o ancora il pregiudizio agli interessi militari”⁸³ possono portare ad una sua lesione.

Il limite dell'ordine pubblico è però quello che più spesso è stato richiamato dagli Stati per giustificare restrizioni alla libera circolazione⁸⁴, giungendo, nei fatti, a ricomprendere in sé anche il riferimento alla sicurezza interna, che –quasi costitutivamente- vi si sovrappone. In merito, la Corte stessa ha chiaramente riconosciuto la prerogativa di ogni Stato a definire la propria nozione di ordine pubblico, affermando prima che essa “varia da un paese all'altro e da un'epoca all'altra”⁸⁵, e poi che l'ordinamento giuridico dell'UE non vincola “gli Stati membri ad osservare una scala uniforme di valori in merito alla valutazione dei comportamenti che possono considerarsi contrari all'ordine pubblico”⁸⁶. Nonostante tali precisazioni, la Corte ha ampiamente dimostrato come ciò non escluda affatto un controllo sulle motivazioni che spingono gli Stati a far ricorso alle deroghe, ed ha anzi introdotto valutazioni di proporzionalità via via più stringenti⁸⁷.

Nel caso *Rutili* la Corte ha esplicitamente affermato che “la legittimità dei provvedimenti destinati alla tutela dell'ordine pubblico va valutata alla luce dell'intera normativa comunitaria avente ad oggetto, in primo luogo, la limitazione del potere discrezionale degli Stati membri in materia e, in secondo luogo, la garanzia della difesa dei diritti dei singoli ai quali vengono applicati i provvedimenti restrittivi”⁸⁸.

⁸¹ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, GU L158 del 30.04.2004

⁸² In particolare, CGUE, 10 luglio 1984, causa 72/83, *Campus Oil e a.*, in Racc. 1984, p. 2727 e segg., punti 34 e 35; 17 ottobre 1995, causa C-70/94, *Werner*, in Racc. p. I-3189 e segg., punto 27; *Albore*, *cit.*, punto 22; 25 ottobre 2001, causa C-398/98, *Commissione c. Grecia*, in Racc. 2001, p. I-7915 e segg., punto 29

⁸³ CGUE, *Tsakourdis*, *cit.*, punto 44

⁸⁴ L. TRIFONE, “La libera circolazione dei lavoratori ed il limite dell'ordine pubblico nella nuova direttiva n° 2004/38”, *op. cit.*, pp. 29-30

⁸⁵ CGUE, 4 dicembre 1974, causa 41/74, *Van Duyn c. Home Office*, in Racc. 1974, p. 1337 e segg., punto 18

⁸⁶ CGUE, 20 novembre 2001, causa C-268/99, *Jany e a.*, in Racc. 2001 p. I-8615 e segg., punto 60; per un'analisi si veda M. BORRACCETTI, “La prostituzione nella giurisprudenza della Corte di giustizia”, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, Napoli, Editoriale scientifica, n° 4, 2002, pp.727-733

⁸⁷ C. BARNARD, *op. cit.*, p. 479

⁸⁸ CGUE, 28 ottobre 1975, causa 36/75, *Rutili c. Ministre de l'intérieur*, in Racc. 1975, p. 1219 e segg., punto 51

Tale impostazione è confermata dal dettato stesso della direttiva 2004/38/CE⁸⁹, che già al considerando n° 24 afferma la necessità del verificarsi di “circostanze eccezionali” riconducibili a “motivi imperativi di pubblica sicurezza” perché gli Stati possano prendere misure di allontanamento nei confronti di cittadini che abbiano soggiornato nello Stato in causa per lunghi periodi di tempo. Il considerando assume un’importanza ancor più considerevole se confrontata con le misure che l’hanno preceduta, ed in particolare con la direttiva 64/221/CEE⁹⁰, che regolamentava l’applicazione delle deroghe alla libera circolazione da parte dello Stato⁹¹, circoscrivendone il potere discrezionale. In essa non era presente alcun riferimento simile e, anzi, la versione definitiva della direttiva risultava anche priva, all’art. 1, del carattere di particolare gravità che avrebbero dovuto presentare i motivi di deroga legati all’ordine ed alla sicurezza pubblici secondo quanto previsto da una versione iniziale della direttiva stessa. Tale requisito di gravità è stato, ancora una volta, introdotto per via giurisprudenziale⁹².

L’osservazione delle condizioni che la direttiva 2004/38/CE introduce per poter ricorrere alle deroghe alla libera circolazione porta, facendo un’analisi dello strumento stesso, ad affermare facilmente che un’altra grande differenza esiste tra essa e tanto la precedente direttiva 64/221/CEE, quanto gli articoli del Trattato. La direttiva 2004/38/CE limita di fatto le circostanze in cui gli Stati possono far ricorso alla deroga: essa è infatti basata sull’idea che tale ricorso deve essere tanto più difficile quanto più a lungo l’individuo oggetto della misura ha soggiornato nello stato ospitante⁹³. Seguendo tale criterio sono stati individuati tre differenti livelli di protezione contro misure di espulsione⁹⁴ - elemento che, probabilmente, rappresenta il maggior valore aggiunto della direttiva⁹⁵. Un primo livello, che comprende tutti gli individui, prevede le condizioni minime che verranno a breve esposte; il secondo, previsto per coloro che abbiano acquisito il diritto di soggiorno permanente nello Stato ospitante, somma a queste la necessità che i motivi di ordine, sicurezza o salute pubblici siano “gravi”⁹⁶; il terzo livello, rivolto a coloro che soggiornino da almeno dieci anni

⁸⁹ Direttiva 2004/38/CE

⁹⁰ Direttiva 64/221/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1964, per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, GU L56 del 04.04.1964

⁹¹ Si veda anche Comunicazione COM(1999) 372 def. della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo relativa ai provvedimenti speciali in tema di circolazione e di residenza dei cittadini dell’Unione giustificati da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e pubblica sanità

⁹² Come verrà illustrato in seguito

⁹³ C. BARNARD, *op. cit.*, p. 480

⁹⁴ P. CRAIG e G. DE BURCA, *op. cit.*, pp. 755, 757

⁹⁵ Nel caso *Metock*, la Corte ha affermato che lo scopo della direttiva è quello di rafforzare i diritti dei cittadini e che, di conseguenza, essa non può essere interpretata “di modo che [i cittadini] non possono trarre diritti da questa direttiva in misura minore rispetto agli atti di diritto derivato che essa modifica o abroga.”, CGUE, 25 luglio 2008, causa C-127/08, *Metock e a.*, in Racc. 2008, p. I-6241 e segg., punto 59

⁹⁶ Art. 28 par. 2 della direttiva 2004/38/CE

sul territorio dello Stato membro ospitante (ed ai minorenni, salvo nel caso in cui l'allontanamento sia perpetuato per il bene del bambino), richiede che tali motivi siano "imperativi"⁹⁷.

Va inoltre sottolineato come l'onere della prova ricada in ogni caso in capo allo Stato che voglia usufruire della deroga⁹⁸.

Il carattere delle condizioni sopra esposte non è però tale da limitare in modo chiaro il ricorso degli Stati all'utilizzo delle deroghe -e nemmeno alla sola espulsione, che rappresenta sicuramente una misura altamente lesiva della libertà individuale- in particolare quella afferente all'ordine pubblico che, come ricordato, non presenta una definizione univoca a livello dell'Unione e (anche in ragione di ciò) rappresenta al tempo stesso quella che viene più spesso invocata. La giurisprudenza della Corte di giustizia si è rivelata quindi fondamentale per sviluppare quella serie di controlli che oggi sono alla base dell'articolato della direttiva.

Fin dal '74, con la pronuncia nel caso *Van Duyn*, la Corte ha affermato che, benché la definizione dei confini della nozione di ordine pubblico sia prerogativa statale, nel momento in cui questo viene utilizzato per derogare ad una libertà fondamentale sancita dal Trattato, non può che essere interpretato restrittivamente⁹⁹; di conseguenza la Corte vi esercita la sua opera di controllo¹⁰⁰. Tale posizione è poi stata sviluppata in diverse direzioni, tutte finalizzate a limitare l'arbitrarietà del ricorso alla deroga da parte degli Stati essenzialmente sulla base di due principi, ai quali è informato anche tutto il diritto derivato: quello di proporzionalità e di non discriminazione¹⁰¹.

Già con la sentenza *Bonsignore*¹⁰² e la quasi coeva precitata *Van Duyn*¹⁰³ vengono introdotti dalla Corte corollari all'obbligo, previsto per le autorità statali, di verificare la condotta personale dei singoli individui prima di assumere nei loro confronti provvedimenti di restrizione della libertà di circolazione per ragioni di ordine e sicurezza pubblici. Nel primo caso un ordine di espulsione era stato emesso nei confronti del sign. Bonsignore "a titolo preventivo generale" in seguito alla condanna dello stesso per possesso illegale di un'arma da fuoco ed omicidio colposo¹⁰⁴. La Corte di

⁹⁷ Art. 28 par. 3 della direttiva 2004/38/CE

⁹⁸ Si veda, da ultimo CGUE, 13 settembre 2007, causa C-260/04, *Commissione c. Italia*, in Racc. 2007, p. I-7083 e segg., punto 33

⁹⁹ Al contrario, la Corte, considerando centrali per il cittadino i diritti sanciti dalla direttiva 2004/38, nella nota sentenza *Metock* ha insistito sul fatto che le relative disposizioni non debbano essere interpretate restrittivamente, in modo da non privarle della loro "efficacia pratica", CGUE, *Metock e a., cit.*, punti 84 e 93

¹⁰⁰ CGUE, *Van Duyn c. Home Office, cit.*, punto 18; CGUE, *Rutili c. Ministre de l'intérieur, cit.*, punto 27; 19 gennaio 1999, causa C-348/96, *Calfa*, in Racc. 1999, p. I-11 e segg., punto 23; 29 ottobre 1998, causa C-114/97, *Commissione c. Spagna*, in Racc. 1998, p. I-6717 e segg., punto 34

¹⁰¹ L. DUBOIS e C. BLUMANN, *op. cit.*, p. 57; L. TRIFONE, "La libera circolazione dei lavoratori ed il limite dell'ordine pubblico nella nuova direttiva n° 2004/38", *op. cit.*, p. 34; per un approfondimento C. BARNARD, *op. cit.*, pp. 55-58 e P. CRAIG e G. DE BURCA, *op. cit.*, pp. 755-760

¹⁰² CGUE, 26 febbraio 1975, causa 67/74, *Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, in Racc. 1975, p. 297 e segg., punti 5,6

¹⁰³ CGUE, *Van Duyn c. Home Office, cit.*

¹⁰⁴ Omicidio verificatosi accidentalmente in seguito al maneggio dell'arma

Giustizia ha chiarito che fatti non direttamente connessi con la turbativa dell'ordine e sicurezza pubblici non devono essere presi in considerazione e che ciò che risulta rilevante ai fini della valutazione è esclusivamente la condotta individuale. Nel caso *Van Duyn* poi la nozione di condotta personale era stata definita più nello specifico: la partecipazione ad un gruppo o un'organizzazione vi rientra in quanto tale adesione rappresenta anche una condivisione degli obiettivi fissati da quest'ultima¹⁰⁵; di conseguenza, la Corte ha affermato che ciò può costituire base di valutazione per l'adozione di provvedimenti restrittivi nei confronti dei non-nazionali nel caso in cui l'organizzazione in esame conduca attività considerate, benchè non illegali, anti-sociali¹⁰⁶. Nella sentenza la Corte aveva affermato che misure d'interdizione come quelle a cui si è fatto riferimento potessero essere prese nei confronti dei cittadini degli altri Stati, benchè ciò non fosse permesso nei confronti dei cittadini dello Stato stesso¹⁰⁷. Tale ultimo aspetto, benchè giustificato dalla Corte nel caso di specie¹⁰⁸, andava a scontrarsi in modo quasi palese con il principio di non discriminazione, e la sua validità è infatti stata implicitamente smentita dalla giurisprudenza successiva¹⁰⁹.

La prima importante pronuncia in questo senso si è avuta nel caso *Rutili* sopra citato, in cui la Corte, oltre ad introdurre espliciti limiti al potere discrezionale degli Stati di introdurre misure per tutelare l'ordine pubblico¹¹⁰, ha posto come condizione per l'applicazione della restrizione alla libertà di circolare su parte del territorio il fatto che tale misura potesse essere presa dagli Stati membri nei confronti dei cittadini comunitari così come nei confronti dei propri cittadini¹¹¹. In questo caso si trattava della decisione del ministero dell'interno francese di vietare ad un cittadino di origini italiane l'accesso ad alcuni dipartimenti francesi, a causa delle sue attività in ambito politico e sindacale.

Successivamente, nel noto caso *Adoui e Cornuaille*, la Corte ha ribadito e ulteriormente chiarito tale impostazione, affermando che le due donne, due prostitute francesi, non potevano essere fatte oggetto del provvedimento di rifiuto di accesso al territorio nazionale in ragione di un comportamento che lo Stato (il Belgio) non combatteva attraverso misure repressive o altri provvedimenti effettivi qualora posto in essere da parte dei suoi cittadini¹¹². Sulla stessa linea interpretativa si inserisce la sentenza *Jany* nella quale la Corte ha affermato che “comportamenti

¹⁰⁵ CGUE, *Van Duyn c. Home Office*, cit., punto 17

¹⁰⁶ *Ibidem*, punto 24; il riferimento era, nel caso di specie, a Scientology

¹⁰⁷ *Ibidem*

¹⁰⁸ Nel caso in esame, per evitare l'insorgenza del profilo di contrasto con il principio di non discriminazione, il Regno Unito avrebbe dovuto negare ed impedire ai suoi cittadini l'ingresso ed il soggiorno sul proprio territorio andando contro ad un divieto imposto dal diritto internazionale che, come ricordato dalla Corte, non viene reso inoperante nei rapporti tra singoli Stati membri (punti 22-23 della sentenza)

¹⁰⁹ C. BARNARD, *op. cit.*, p. 483

¹¹⁰ Si confronti con quanto precedentemente illustrato

¹¹¹ CGUE, *Rutili c. Ministre de l'intérieur*, cit., punto 53

¹¹² CGUE, 18 maggio 1982, cause riunite 115-116/81, *Adoui e Cornuaille*, in Racc. 1982, p. 1665 e segg., punto 9

che uno Stato membro accetta da parte dei propri cittadini non possono venir considerati come una reale minaccia per l'ordine pubblico”¹¹³.

Controcorrente rispetto al trend generale, la Corte ha recentemente circoscritto le condizioni enunciate e, al tempo stesso, diluito¹¹⁴ l'approccio adottato in *Rutili*. Con la sentenza *Olazabal* del 2002, infatti, viene dichiarata compatibile con il diritto dell'Unione una misura di interdizione emessa da parte dello Stato francese nei confronti di un cittadino spagnolo di origini basche con riferimento ai territori francesi confinanti con la Spagna e per un periodo di quattro anni¹¹⁵ -misura non prevista per i nazionali. La ragione di tale provvedimento era la comprovata partecipazione dell'individuo ad attività terroristiche legate all'organizzazione ETA. La Corte ha motivato la sua decisione affermando che nei confronti dei cittadini comunitari possono essere adottati provvedimenti che sono esclusi per quelli nazionali nel momento in cui, in mancanza di tale opportunità, il divieto dovrebbe necessariamente estendersi a tutto il territorio nazionale¹¹⁶.

Frutto del paragone tra i fatti delle cause *Rutili* e *Olazabal* è l'affermazione, elaborata dalla dottrina, che la conclusione a cui è giunta la Corte nel secondo caso deriva da una prevalenza del fattore della proporzionalità su quello della non-discriminazione¹¹⁷. Tale interpretazione, condivisibile, mostra come in realtà l'approccio della Corte non sia cambiato, in quanto il fine ultimo della sua azione rimane quello di privilegiare le soluzioni che permettono di limitare il più possibile le restrizioni all'esercizio delle libertà fondamentali¹¹⁸.

In questa stessa ottica, nel caso *Rutili* la Corte ha formulato per la prima volta il principio di proporzionalità in relazione alle misure di interdizione alla libertà di circolazione¹¹⁹ in qualità di principio generale del diritto¹²⁰ e, contestualmente, ha asserito che il comportamento della persona oggetto della misura restrittiva deve costituire una minaccia effettiva ed abbastanza grave per

¹¹³ CGUE, *Jany e a., cit.*, punto 61

¹¹⁴ C. BARNARD, *op. cit.*, p. 489

¹¹⁵ Per un commento alla sentenza L. TRIFONE, "L'ammissibilità di limiti parziali alla libera circolazione delle persone: la sentenza *Oteiza Olazabal*", *op. cit.*

¹¹⁶ CGUE, 26 novembre 2002, causa C-100/01, *Olazabal*, in Racc. 2002, p. I-10981 e segg., punti 41, 45

¹¹⁷ Si veda C. BARNARD, *op. cit.*, p. 489, in cui la studiosa ricorda che nel primo caso veniva fatto oggetto della misura restrittiva una persona da sempre residente nel paese di emigrazione e che le motivazioni che avevano spinto lo Stato ad agire -l'attività politica e sindacale dello stesso- non erano immediatamente e sicuramente rispondenti al criterio di "minaccia effettiva ed abbastanza grave" per l'ordine pubblico; nel caso *Olazabar*, invece, si trattava di una persona abitualmente residente nel suo Stato d'origine (la Spagna) fuggita in Francia per evitare il carcere e che commetteva abitualmente atti terroristici collegati all'attività dell'ETA, non vi erano quindi dubbi sulla minaccia che tale individuo poteva costituire e un provvedimento di divieto a risiedere su tutto il territorio nazionale sarebbe stato probabilmente emesso con facilità.

¹¹⁸ Allo stesso tempo, come si vedrà in seguito, nel momento in cui si introduce il criterio della proporzionalità, con esso viene introdotta anche una discrezionalità che, non di rado, ricade di fatto nelle mani dell'istanza nazionale

¹¹⁹ Facendo riferimento alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, punto 32 della sentenza CGUE, *Rutili c. Ministre de l'intérieur, cit.*

¹²⁰ Si veda anche Dubois Louis e Blumann Claude, *op. cit.*, p. 58

l'ordine pubblico¹²¹. Le successive pronunce della Corte hanno ulteriormente sviluppato entrambe le istanze, rendendo evidente come la proporzionalità presa in esame sia quella intesa a comportare un triplice controllo: sull'idoneità della misura al raggiungimento del fine per il quale è stata adottata, sulla necessità di adottarla, e sulla sua proporzionalità in senso stretto¹²².

La Corte ha ulteriormente ristretto, tramite la sentenza *Bouchereau*¹²³, il concetto di condotta personale che essa stessa aveva identificato nel caso *Van Duyn*. In *Bouchereau* viene infatti introdotto una sorta di test¹²⁴ -sulla scorta di quanto stabilito in *Rutili*- che si sostanzia nell'obbligo di verificare, per poter invocare la deroga dell'ordine pubblico¹²⁵, la sussistenza di una minaccia attuale, effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della società¹²⁶. Condanne penali precedenti vengono quindi definite rilevanti solo nel caso e nella misura in cui concorrono a mostrare come l'individuo rappresenti -ancora una volta- una minaccia attuale o futura per l'ordine pubblico¹²⁷.

Diverse sono poi le pronunce giurisprudenziali che hanno identificato come non proporzionate misure basate sulla salvaguardia dell'ordine pubblico¹²⁸: la Corte ha stabilito che non rappresentano motivazioni sufficienti per il divieto di circolazione o l'espulsione né l'omissione di una formalità amministrativa¹²⁹, né la mancanza del permesso di soggiorno¹³⁰.

Particolarmente importante per la chiarezza e la fermezza dimostrata dalla Corte è la pronuncia nel caso *Calfa*; in questa occasione il giudice dell'Unione ha di fatto dichiarato incompatibile con l'ordinamento dell'Unione una legge greca che prevedeva l'espulsione a vita automatica dei cittadini stranieri condannati per violazione della legge sugli stupefacenti. Il ragionamento della Corte attiene, ancora una volta, al fatto che non venga presa minimamente in considerazione la condotta dei singoli individui e la minaccia che essi effettivamente rappresentano per la società¹³¹.

A ciò la Corte ha aggiunto con la pronuncia nel caso *Orfanopoulos* che lo Stato deve prendere in considerazione ogni elemento di fatto, intervenuto dopo l'ultimo provvedimento dell'autorità competente, che comporti la cessazione o una rilevante attenuazione della minaccia attuale che il

¹²¹ CGUE, *Rutili c. Ministre de l'intérieur, cit.*, punto 28

¹²² M. BALBONI, *op. cit.*, p. 46-47

¹²³ CGUE, 27 ottobre 1977, causa 30/77, *Regina c. Bouchereau*, in Racc. 1977, p. 1999 e segg.

¹²⁴ che verrà poi utilizzato dalla giurisprudenza successiva dandogli un'interpretazione rigorosa

¹²⁵ Oltre al fatto che il comportamento a monte dell'espulsione venga perseguito anche nel momento in cui viene adottato da un cittadino dello Stato in questione, secondo quanto affermato precedentemente

¹²⁶ CGUE, *Regina c. Bouchereau, cit.*, punto 35

¹²⁷ Punti 28-29

¹²⁸ L. DUBOIS e C. BLUMANN, *op. cit.*, p. 58

¹²⁹ CGUE, 8 aprile 76, causa 48/75, *Royer*, in Racc. 1976, p. 497 e segg.

¹³⁰ CGUE, 3 luglio 1976, causa 155/79, *Pieck*, in Racc. 1976, p. 2171 e segg.

¹³¹ CGUE, *Calfa, cit.*, punto 27

comportamento del soggetto interessato costituirebbe per l'ordine pubblico¹³². Tale sentenza è poi rilevante anche sotto un altro profilo. In essa, infatti, la Corte ha enfatizzato¹³³ l'importanza della necessità di tener presente cosa possa comportare per i diritti fondamentali di un individuo l'assunzione di misure di deroga basate sull'ordine pubblico al fine di limitarne la libertà di circolazione o di soggiorno¹³⁴. In *Orfanopoulos* la Corte ha affermato che la Germania, nel momento in cui doveva decidere dell'espulsione di un cittadino di origini greche, condannato varie volte per violazione della legge sugli stupefacenti e per aver commesso atti di violenza, avrebbe dovuto tenere in considerazione il fatto che egli avesse vissuto la maggior parte del suo tempo in Germania e che lì avesse moglie e figli¹³⁵. Il riferimento, che nel caso di specie era all'articolo 8 della CEDU che protegge la vita familiare, sarebbe oggi anche agli articoli 7 e 33 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Va però sottolineato come la Corte precisi che il bilanciamento tra gli interessi statali di ordine e sicurezza pubblici ed il diritto dell'individuo vada operato, caso per caso, da parte delle autorità nazionali¹³⁶. Questo rimette di fatto la decisione finale nelle mani di una delle due parti, quella più forte, - lo Stato- che benchè assolutamente tenuto a tutelare i diritti dell'individuo si ritrova ad essere giudice di una disputa che lo vede, allo stesso tempo, anche parte in causa; la sostanza del rispetto dei diritti rischia così di essere messa fortemente a rischio.

A completamento del quadro, va infine ricordato come la Corte abbia più volte affermato che le autorità nazionali sono chiamate ad esaminare una richiesta di soggiorno ripresentata da un cittadino oggetto di una precedente espulsione, a patto che sia trascorso un periodo di tempo ragionevole¹³⁷. Il concetto è stato formulato in modo chiaro nel caso *Aduoi e Cornuaille*, e nella sentenza *Shingara* la Corte ha aggiunto che, poiché rappresenta una deroga al principio fondamentale della libera circolazione, la decisione di proibire l'ingresso non può avere durata illimitata¹³⁸.

Sulla scorta di molta parte della giurisprudenza sopra ricordata è stata quindi redatta la direttiva 2004/38/CE ponendo limiti al ricorso, da parte degli Stati, alla deroga prevista per ragioni di ordine e sicurezza pubblici. Essa recita che i provvedimenti di diniego di ingresso sul territorio degli Stati (o parte di essi) o di espulsione adottati a tali scopi -che risultano quindi in una compressione della libertà di circolazione- devono rispettare il principio di proporzionalità ed essere esclusivamente

¹³² CGUE, 29 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e 493/01, *Orfanopoulos e Olivieri*, in Racc. 2004, p. 5257 e segg., punto 82

¹³³ come già nella sentenza *Carpenter* del 2002, CGUE, 11 luglio 2002, causa C-60/00, *Carpenter*, in Racc. 2002, p. I-6279 e segg.

¹³⁴ Si veda C. BARNARD, *op. cit.*, pp. 489-491

¹³⁵ CGUE, *Orfanopoulos*, *cit.*, punto 98

¹³⁶ *Ibidem*, punto 100

¹³⁷ CUGUE, *Aduoi e Cornuaille*, *cit.*, punto 12

¹³⁸ CGUE, 17 giugno 1997, cause riunite C-65/95 e C-111/95, *The Queen contro Secretary of State for the Home Department, ex parte Mann Singh Shingara e ex parte Abbas Radiom*, in Racc. 1997, pag. I-3343 e segg., punto 40

motivati dal comportamento del singolo, che deve rappresentare “una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave”¹³⁹, tale da pregiudicare un interesse fondamentale della società¹⁴⁰. Inoltre, sistematizzando l’approccio adottato della Corte nel caso *Orfanopoulos*, l’art. 28 della direttiva prevede che nell’adottare una decisione di allontanamento per motivi di ordine pubblico o sicurezza pubblica, lo Stato ospitante debba soppesare le necessità imposte dal mantenimento dell’ordine ed elementi connessi alla situazione personale dell’individuo che sarebbe oggetto di espulsione: la durata del soggiorno sul territorio dello Stato ospitante, l’età, lo stato di salute, la situazione familiare ed economica, il livello di integrazione socio-culturale con la società del paese ospitante e l’importanza dei legami con il paese di origine¹⁴¹. Allo stesso articolo viene anche introdotta quella gradazione già citata che prevede criteri precisi per l’individuazione di una tutela crescente nei confronti di soggetti passibili di misure di espulsione; tutela che, appunto, cresce con l’aumentare degli anni trascorsi dall’individuo nel suddetto Stato. Procedendo nell’analisi della direttiva, la giurisprudenza concernente il divieto di fare del diniego di ingresso un provvedimento illimitato nel tempo è stata incorporata nell’art. 32, che fissa un termine massimo di tre anni prima dell’obbligo, in capo allo Stato, di considerare una nuova richiesta di ingresso. Infine, in linea con la pronuncia della Corte, l’art. 33 rende obbligatorio il riesame di una decisione di espulsione nel caso in cui tra l’emissione dell’ordine e la sua esecuzione trascorra un tempo superiore ai due anni.

Vengono a questo punto in rilievo le garanzie procedurali sancite dall’art. 31 della direttiva, garanzie di cui godono i singoli nei confronti di provvedimenti adottati in nome della sicurezza e dell’ordine pubblici che limitino la loro libertà di circolare e soggiornare in uno degli Stati membri. Tale articolo, che fissa la possibilità per l’individuo di presentare ricorso contro i suddetti provvedimenti, semplifica la precedente disciplina, dettata dall’art. 8 della direttiva 64/221/CE¹⁴². La normativa in vigore prevede il diritto per l’interessato di accedere ai mezzi d’impugnazione forniti a livello nazionale e, al paragrafo 3, incorporando la giurisprudenza *Adoui e Cornuaille*, specifica che la procedura di riesame deve riguardare non solo la legittimità della decisione, ma anche i fatti e le circostanze che hanno portato alla sua adozione, al fine di garantire il rispetto del principio di proporzionalità¹⁴³. Inoltre gli Stati membri non possono (tranne che in casi di particolare pericolo), nel momento in cui l’interessato decida di presentare di persona la sua difesa, impedire la sua presenza sul territorio limitatamente a tale scopo (par. 4).

¹³⁹ Formulazione ripresa da CGUE, 31 gennaio 2006, causa C-503/03, *Commissione c. Spagna*, in Racc. 2006, p. I-1097 e segg., punto 52

¹⁴⁰ Art. 27 della direttiva 2004/38

¹⁴¹ Art. 28 par. 1 della direttiva

¹⁴² Direttiva 64/221/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1964, *cit.*; sulla giurisprudenza che tale articolo aveva generato, si vedano P. CRAIG e G. DE BURCA, *op. cit.*, p. 759, ma soprattutto M. BALBONI, *op. cit.*, pp. 47-50

¹⁴³ Art. 31 par. 3

2.2. La sicurezza nazionale nelle disposizioni dell'acquis di Schengen

E' già stato introdotto come la formulazione attinente al test di proporzionalità adottata dal legislatore europeo nella direttiva sia stata ripresa nella pronuncia della Corte nella causa *Commissione c. Spagna (SIS)* del 2006¹⁴⁴, caso in cui la Spagna aveva negato l'ingresso a due cittadini di paesi terzi famigliari di cittadini UE in ragione del fatto che i loro nomi erano segnalati all'interno del sistema d'informazione Schengen. Lo stesso accordo di Schengen prevede però la possibilità di derogare al regime di libera circolazione delle persone. L'articolo 2.2 della Convenzione di applicazione degli Accordi di Schengen¹⁴⁵, prevede infatti la possibilità per gli Stati di reintrodurre temporaneamente controlli alle frontiere per motivi di ordine pubblico o sicurezza nazionale. Secondo l'articolo gli Stati devono previamente consultare le altre parti contraenti, ma se "s'impone un'azione immediata" tale tappa può essere saltata e di conseguenza, -benchè vi sia comunque un obbligo di comunicazione- la misura può essere decisa ed introdotta unilateralmente. Non vi è di fatto alcun tipo di controllo sulle procedure di ricorso alla deroga, ed è quindi di fatto esclusa ogni verifica circa la loro proporzionalità ed il rispetto, da parte delle autorità pubbliche, dei diritti fondamentali e delle libertà individuali (che vanno a ricomprendere quelle sancite dai Trattati) in tale frangente¹⁴⁶. Tale controllo di proporzionalità dovrebbe invece essere assicurato dal momento che gli Accordi di Schengen sono entrati, con il Trattato di Amsterdam, a far parte dell'ordinamento comunitario, e di conseguenza devono rispettarne i principi¹⁴⁷.

A questo proposito, uno degli episodi più esemplificativi è sicuramente il ricorso all'art. 2.2 disposto dall'Italia per prevenire disordini durante il G8 del 2001 a Genova¹⁴⁸; in tale occasione, secondo i dati diffusi dal ministero dell'interno, vennero bloccate alle frontiere 2093 persone¹⁴⁹. In ragione di tale elevata cifra ma soprattutto dei disordini e delle violenze verificatisi durante i giorni di manifestazione dal 19 al 22 luglio –al più ai danni dei manifestanti-, l'evento è stato oggetto di un'elevatissima quantità di studi, reportages ed indagini¹⁵⁰. I blocchi alle frontiere operati sui

¹⁴⁴ CGUE, *Commissione c. Spagna, cit.*, punto 52

¹⁴⁵ Convenzione di applicazione degli Accordi di Schengen, Schengen, 1990; come noto, è stata annessa al Trattato, tramite Protocollo, ad Amsterdam, divenendo così parte dell'*acquis communautaire*

¹⁴⁶ J. APAP and S. CARRERA, "Maintaining security within borders: towards a permanent state of emergency in the EU?", *CEPS Policy Brief* n°41, Brussels, Centre for European Policy Studies, 2003, p. 3

¹⁴⁷ Si veda, sul punto L. S. Rossi, *Le convenzioni fra gli stati membri dell'Unione europea, op. cit.*, p. 94

¹⁴⁸ La sospensione del regime di libera circolazione e degli Accordi di Schengen durò dal 14 al 21 luglio 2001

¹⁴⁹ <http://database.statewatch.org/article.asp?aid=6305>

¹⁵⁰ Condotte anche dalle autorità in seguito ai violenti scontri di piazza, alle devastazioni operate principalmente da gruppi dei cosiddetti black-block e ai maltrattamenti –che in alcuni casi si sono concretizzati in vere e proprie torture, in violazione, tra gli altri, dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (all'epoca non ancora vincolante)- perpetrati da parte dei poliziotti ai danni dei manifestanti nella scuola Diaz e nella caserma di Bolzaneto; oltre alle indagini ufficiali molte ONG hanno condotto reportages e tra queste sicuramente Amnesty International, che ha attivamente contribuito a tenere alta l'attenzione nei confronti di ciò che è avvenuto a Genova (si veda, tra gli altri,

gruppi, e quindi condotti saltando quella verifica caso per caso che sarebbe prevista dall'*acquis* di Schengen¹⁵¹, nonché gli interventi fortemente repressivi della polizia, seguiti non raramente dall'espulsione di cittadini comunitari, hanno comportato – anche senza giungere ai casi, pur verificatisi¹⁵² di violazione dell'integrità corporale dei manifestanti- una palese violazione degli articoli 11, 12 e 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (che, all'epoca, non era però vincolante). In tale occasione si è infatti verificata la compressione oltre che del diritto di libera circolazione, anche di quello di espressione e di manifestazione del pensiero ed associazione¹⁵³ di cui erano titolari gli interessati in quanto circolanti sul territorio dell'Unione.

Il ricorso dell'Italia all'art. 2.2 degli Accordi di Schengen non rappresenta un caso unico né sporadico nel panorama europeo¹⁵⁴, quasi al punto da far perdere a tale articolo quel carattere di misura eccezionale che gli sarebbe invece proprio. L'utilizzo sovente della deroga rappresenta quindi un rischio reale per la salvaguardia della libertà di circolazione sancita dal Trattato, ancor più in ragione del fatto che non vi è, di fatto, alcun controllo sulla proporzionalità delle misure adottate in questo modo. Il ricorso ad una disposizione degli Accordi di Schengen dovrebbe infatti comunque consentire quel controllo di proporzionalità dovuto in base al testo dei Trattati ed all'evoluzione giurisprudenziale precedentemente descritta in ragione del fatto che ciò che si va a ledere è una delle libertà fondamentali¹⁵⁵, ma si è visto come, nei fatti, tale controllo non sia avvenuto¹⁵⁶.

L'unica maniera di evitare il ricorso degli Stati alle deroghe alla libera circolazione –sia essa quella sancita dal Trattato o dagli Accordi Schengen- per la difesa di ordine pubblico e sicurezza nazionale è quella di sviluppare sistemi di sicurezza europei sempre più affidabili ed efficienti.

Il riconoscimento del fatto che la sicurezza delle nazioni non possa più essere appannaggio esclusivo delle autorità nazionali è elemento connaturato allo sviluppo stesso del sistema d'integrazione europea e rappresenta il necessario corollario proprio della libertà di circolazione. Nonostante ciò, come risulta chiaro da quanto detto finora, gli Stati hanno effettivamente ceduto sovranità molto lentamente in questo campo ed ancora oggi, nonostante la prefigurazione di una

Amnesty International, *G8 Genoa policing operation of July 2001. A summary of concerns*, London, 1 novembre 2001, disponibile all'indirizzo: <http://www.amnesty.org/en/library/asset/EUR30/012/2001/en/7a15fdf7-d8b3-11dd-ad8c-f3d4445c118e/eur300122001en.pdf>

Ricchissima è anche la documentazione di analisi resa disponibile sul sito di statewatch, che ha seguito anche il dibattito successivo nonché l'evoluzione delle connesse questioni giudiziarie

¹⁵¹ J. APAP e S. CARRERA, *op. cit.*, p. 5

¹⁵² Si veda nota 152

¹⁵³ Si veda Amnesty International, *op. cit.*, p. 2

¹⁵⁴ Solo tra il 2000 e la prima metà del 2003, gli Stati vi hanno fatto ricorso 26 volte, si veda J. APAP and S. CARRERA, *op. cit.*, p. 4 tabella 1

¹⁵⁵ Si confronti L. S. ROSSI, *Le convenzioni fra gli stati membri dell'Unione europea*, *op. cit.*, p. 94

¹⁵⁶ Sul tema, M. BALBONI, *op. cit.*

nozione sempre più compiuta di sicurezza europea, tale ambito d'azione rappresenta motivo di deroga ad ogni tipo di impegno sovranazionale.

Sezione 2. La costruzione di una sicurezza interna europea : necessità e profili critici di una lotta integrata alla criminalità

Il primo obiettivo perseguito con l'abbattimento delle frontiere tra gli Stati membri dell'UE è sicuramente stato la realizzazione della libertà di circolazione e del mercato unico; è però innegabile che accanto alla floridità dell'economia legale, ciò ha favorito anche la possibilità per i criminali di muoversi più liberamente e di condurre più facilmente a termine attività illecite. E' stata quindi messa ulteriormente a rischio la sicurezza interna degli Stati membri, i quali però a lungo non hanno formalmente riconosciuto la necessità di farne un vettore d'azione positiva dell'Unione. Fino a Maastricht, infatti, la sicurezza nazionale e l'ordine pubblico figuravano nei Trattati unicamente come fonte di deroga alle disposizioni dello stesso ed alle libertà ivi sancite¹⁵⁷, e non era contemplata l'idea che la materia della sicurezza potesse divenire parte riconosciuta del processo d'integrazione¹⁵⁸.

Ciò è definitivamente cambiato nel momento in cui gli Stati si sono resi conto del fatto che continuare a fare della lotta al crimine (nelle sue varie forme) una prerogativa statale avrebbe realizzato una discrasia -tra il carattere transnazionale del problema e quello nazionale delle risposte- destinata a non risolversi. La necessità di una risposta unitaria è risultata evidente tanto nel settore delle frodi finanziarie, quanto in quelli più classici di criminalità organizzata, immigrazione

¹⁵⁷ Si vedano i paragrafi precedenti

¹⁵⁸ La letteratura sul cammino delle materie legate alla sicurezza interna all'Unione nel quadro del processo d'integrazione è molto ricca, variegata (molti sono gli ambiti e le materie interessate e in continua evoluzione), tra gli altri, G. BARRETT (a cura di) *Justice cooperation in the EU*, Dublin, Institute of European Affairs, 1997; G. DE KERCHOVE e A. WEYEMBERG (a cura di), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2000; H. G. NILSSON, "The Justice and Home Affairs Council", in M. WESTLAKE e D. GALLOWAY, *The Council of the European Union*, London, John Harper, 2005, cap. 6; J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, "Vers une conception nouvelle de la sécurité européenne", in *Revue européenne de droit public*, Esperia, 2008, vol 20, n° 1, pp. 47-79; U. GUERINI (a cura di), *Il diritto penale dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2008; D. RINOLDI, "Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia", in U. DRETTA e N. PARISI (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea- Parte speciale*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 1-94. Una bibliografia più estesa sui singoli ambiti di cooperazione a livello dell'UE in materia di sicurezza interna rilevanti per la lotta alla criminalità, ed, in particolare, alla criminalità organizzata verrà fornita nei prossimi capitoli, che verranno a tali ambiti dedicati.

In questo paragrafo si farà invece riferimento agli sviluppi attenenti ad alcune politiche dell'Unione, ed in particolare a quelle della cooperazione di polizia e giudiziaria in ambito penale, ma solo brevemente, al fine di illustrare il percorso di costruzione e definizione del concetto di sicurezza europea come superamento di quello esclusivo di sicurezza nazionale. I singoli provvedimenti e le strutture sviluppate in questi ambiti verranno poi più ampiamente e criticamente analizzati nei prossimi capitoli della ricerca.

e terrorismo. Gli ultimi dieci anni con gli attacchi terroristici seguiti all'11 settembre e la capillare diffusione delle organizzazioni criminali nel continente ne hanno mostrato tutta l'urgenza.

In questa sezione verrà quindi ripercorso il cammino percorso in direzione dell'obiettivo della costruzione di una sicurezza unica europea, affrontando dapprima la sua evoluzione storica, per giungere all'analisi della situazione attuale.

1. Dai primi passi della cooperazione all'alba del Trattato di Lisbona

Il percorso di affermazione di una concezione europea di sicurezza interna è stato molto lungo; benché infatti gli Stati ne abbiano percepito l'importanza fin quasi dagli albori della cooperazione, non l'hanno ufficialmente riconosciuto fino ad Amsterdam. Il Trattato di Amsterdam ha consacrato tale dimensione dell'integrazione europea con l'iscrizione nel testo del Trattato stesso dell'obiettivo della realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. In particolare, il primo *focus* individuato è stato quello della criminalità organizzata -identificata quale minaccia principale alla sicurezza comune-, senza tuttavia che siano stati adottati per lungo tempo strumenti atti a combatterla in modo efficace.

1.1. L'alba della cooperazione in materia di sicurezza interna e lo sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia

Già negli anni Settanta, l'ondata di attacchi terroristici di stampo politico verificatisi in molti Stati europei aveva favorito lo sviluppo di un primo forum di cooperazione non ufficiale¹⁵⁹, il gruppo TREVI¹⁶⁰, che vedeva riuniti i ministri degli interni dei paesi membri dell'allora Comunità europea¹⁶¹ ed intorno al quale si erano sviluppate una serie di iniziative ricomprese sotto l'ombrello della Cooperazione politica europea. Si trattava però di una cooperazione, come detto, sviluppatasi su base informale, che non vedeva alcun tipo di riconoscimento nei Trattati. A Maastricht, con la fondazione della struttura dell'Unione e segnatamente del secondo e terzo pilastro, sono invece state gettate le prime basi giuridiche per una cooperazione strutturata in ambito di sicurezza europea - tanto esterna quanto interna. Questo passo in avanti è dovuto anche all'introduzione della nozione

¹⁵⁹ Per una ricostruzione approfondita si veda L. SALAZAR, "La costruzione di uno spazio penale comune europeo", in G. GRASSO e R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*", Milano, Giuffrè, 2007

¹⁶⁰ Gli incontri sviluppatasi nell'ambito della struttura dei gruppi di lavoro TREVI avevano lo scopo di scambiare informazioni ed idee al fine di fronteggiare la minaccia in modo efficace; si trattava di diversi gruppi di lavoro specializzati ognuno in un aspetto particolare della sicurezza interna e gli incontri, cominciati nel 1975, si svolsero inizialmente una volta l'anno, ma la loro frequenza diminuì presto.

¹⁶¹ H. G. NILSSON, *op. cit.*, pp. 114-115

di *cittadinanza europea*. Essa infatti rappresenta, seppur in forma poco più che embrionale, lo status proprio del costituendo popolo europeo che, insieme ad una serie di diritti che comprende la libertà di circolazione, presupponeva quindi anche l'azione degli organi di governo a predisporre la difesa¹⁶². La comunità di diritto che veniva a costituirsi poneva alla base della sua azione -in qualsiasi ambito, ma a maggior ragione in quello della sicurezza, particolarmente delicato sotto il profilo della tutela dei diritti individuali- l'impegno per il "rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri"¹⁶³, sancito all'ex art. F TUE¹⁶⁴.

Gli strumenti previsti per la cooperazione tanto in ambito di politica estera e sicurezza comune quanto di giustizia ed affari interni erano però, come noto, particolarmente deboli e sulla loro applicazione mancava totalmente il controllo da parte della Corte di giustizia.

La necessità di controbilanciare la realizzazione del mercato interno con una più stretta cooperazione in materia di sicurezza era però già stata fortemente avvertita da alcuni Stati europei che, ancor prima della firma del Trattato di Maastricht, avevano deciso di impegnarsi reciprocamente in un foro esterno all'ordinamento UE, tramite la creazione dello spazio Schengen, con la firma degli Accordi nel 1985¹⁶⁵ e della Convenzione di applicazione nel 1990¹⁶⁶. Mancando all'interno dell'Unione la volontà di tutti gli Stati membri di fare un passo in avanti in termini di integrazione, questa è stata inizialmente l'unica possibilità offerta a coloro che invece avevano ben chiari i vantaggi di un sistema più integrato. Schengen rappresenta infatti, con la predisposizione del Sistema d'Informazione Schengen (SIS I) per la condivisione di informazioni tra forze dell'ordine nazionali, il riconoscimento da parte degli Stati europei della necessità assoluta di un'integrazione in ambito di politiche per la sicurezza interna contemporaneamente alla realizzazione dell'effettiva libera circolazione delle persone in tutta l'area interessata¹⁶⁷.

La prospettiva di fare dell'UE uno spazio unico di libertà, sicurezza e giustizia ha fatto la sua comparsa nei testi normativi dell'Unione a più di dieci anni dalla firma degli Accordi di Schengen, tra gli obiettivi previsti all'art. 2 TUE del Trattato di Amsterdam. Com'è noto, le principali novità del Trattato di Amsterdam riguardano specificamente il terzo pilastro: alla comunitarizzazione di

¹⁶² B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 67

¹⁶³ E. PACIOTTI e G. AMATO (a cura di), "Lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia" in Paper elaborati dal gruppo Astrid, 2004, p. 5

¹⁶⁴ Attuale art. 6 TUE, il quale, oltre a riprendere la formulazione in esame, sancisce il valore vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e pianifica l'adesione della stessa Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo

¹⁶⁵ Accordi di Schengen, 1985

¹⁶⁶ Convenzione di applicazione degli accordi di Schengen, 1990

¹⁶⁷ L'importanza di Schengen verrà approfondita nel capitolo secondo

gran parte delle materie¹⁶⁸ si è infatti unita l'individuazione, per normare gli ambiti d'intervento rimasti nel pilastro intergovernativo –cooperazione giudiziaria in materia penale e cooperazione di polizia-, di strumenti *ad hoc*¹⁶⁹, più vincolanti di quelli precedenti e soggetti ad un limitato sindacato della Corte¹⁷⁰. Ad Amsterdam è poi stato incorporato nel corpus normativo dell'Unione tutto l'acquis di Schengen¹⁷¹. Ciò ha portato all'individuazione di un impianto che, con riferimento alla sicurezza, si articola attorno a due idee¹⁷²: una prima attinente allo sviluppo di una cooperazione crescente, in vista di una vera e propria integrazione delle politiche di polizia e giustizia penale in modo da perseguire efficacemente i criminali all'interno dello spazio individuato; una seconda volta a garantire la sicurezza di tale territorio tramite un controllo attento operato alle frontiere esterne. Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia si prefigura così come il completamento necessario del mercato unico e l'elemento capace di dare consistenza alla cittadinanza europea.

Per dare seguito effettivo al Trattato di Amsterdam e sfruttare appieno il potenziale delle sue innovazioni, il 15 e 16 ottobre del 1999 si è riunito a Tampere il primo Consiglio europeo interamente dedicato alle questioni connesse allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. In tale sede, vista l'evidente ritrosia degli Stati a modificare in senso univoco le rispettive legislazioni (in particolare penali) per perseguire un obiettivo di sicurezza condivisa, è stato posto il principio del mutuo riconoscimento quale pietra miliare in materia di cooperazione giudiziaria in ambito penale. In questo contesto il ravvicinamento delle legislazioni è passato da essere un fine in sé a mezzo per instaurare quella fiducia reciproca indispensabile allo sviluppo di uno spazio di sicurezza e giustizia armonico, che tenga conto anche e soprattutto dei diritti degli individui.

Tale Consiglio, come pure il Trattato di Amsterdam, è infatti stato concepito proprio nell'ottica di imprimere una svolta all'attività dell'UE, che necessitava ormai urgentemente di un intervento coordinato –se non proprio unitario- in ambito di sicurezza. Esso era, come è facilmente intuibile, anche funzionale ad un corretto e legale svolgimento delle attività economiche. A riprova dell'importanza di tale momento, nel 1998, per la prima volta, la Commissione ha fatto riferimento,

¹⁶⁸ Politiche d'immigrazione, visti, asilo e cooperazione giudiziaria in ambito civile

¹⁶⁹ Decisioni, decisioni quadro e convenzioni (queste ultime in realtà già presenti)

¹⁷⁰ Tutta la materia relativa, così come i vari passaggi storici, verrà approfondita nei capitoli secondo e terzo, dedicati alla cooperazione di polizia ed a quella giudiziaria in ambito penale; in questo paragrafo farò solamente un breve cenno alle tappe principali che hanno condotto all'attuale assetto istituzionale e normativo concernente lo sviluppo di una dimensione unionale della sicurezza (e quindi il passaggio da una concezione nazionale ad una europea della funzione di lotta alla criminalità e mantenimento della sicurezza stessa)

¹⁷¹ Per un approfondimento sull'argomento si veda L. S. ROSSI, *Le convenzioni fra gli stati membri dell'Unione europea*, *op. cit.*, pp. 165-204

¹⁷² J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *op. cit.*, p. 49

nella comunicazione intitolata “Verso uno spazio di libertà sicurezza e giustizia”¹⁷³ all’*ordine pubblico europeo*, affermando l’importanza della partecipazione attiva degli Stati alla definizione dei confini di tale nozione -fino a quel momento elaborata prettamente in riferimento al territorio nazionale- sulla base delle novità introdotte ad Amsterdam nonché degli interessi comuni¹⁷⁴.

1.2. Il focus della neo-nata sicurezza europea: dalla criminalità organizzata al terrorismo

Testimone del raggiungimento di una più matura consapevolezza circa la necessità di cooperare in materia di sicurezza, ed in particolare di lotta al crimine organizzato, è anche la firma della Dichiarazione sulla criminalità organizzata¹⁷⁵, avvenuta il 26 gennaio 1996 a Roma sotto presidenza italiana. A questa sono seguite una serie di iniziative culminate con l’adozione dell’azione comune relativa alla punibilità della partecipazione ad un’organizzazione criminale negli Stati membri dell’Unione del 21 dicembre 1998¹⁷⁶. Inoltre le negoziazioni che hanno preceduto la firma del Trattato di Amsterdam erano state condotte, nell’area di giustizia ed affari interni, dal Gruppo ad alto livello sulla criminalità sviluppatosi all’interno del Consiglio e che ha anche, contestualmente, preparato un Piano d’azione contro la criminalità organizzata¹⁷⁷ adottato poi dal Consiglio stesso il 28 aprile 1997¹⁷⁸.

Il focus iniziale della neonata sicurezza europea era quindi in modo abbastanza chiaro sulla lotta alla criminalità organizzata, vista come minaccia principale alla sicurezza interna ed al libero mercato, ma che, allo stesso tempo, presentava impostazioni molto diverse da Stato a Stato. Tale ultima caratteristica risulta evidente già ad un’analisi superficiale dell’azione comune. La definizione di organizzazione criminale individuata era infatti molto ampia, e l’azione comune introduceva un doppio modello di criminalizzazione per la partecipazione alla stessa, tale da permettere la coesistenza dei due principali approcci previsti negli Stati membri dell’Unione¹⁷⁹:

¹⁷³ Commissione europea, Comunicazione, Verso uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, COM/98/045 del 14.07.1998

¹⁷⁴ Si veda D. BIFULCO, “Reti giudiziarie europee, cooperazione penale e terrorismo: i fenomeni e le narrazioni”, in R. TONIATTI e M. MAGRASSI (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Dipartimento di Scienze Giuridiche Università di Trento XCV, Padova, Cedam, 2011, p. 439

¹⁷⁵ Dichiarazione sulla criminalità organizzata, Roma, 26 gennaio 1996

¹⁷⁶ Azione comune 98/733/GAI del Consiglio del 21 dicembre 1998 relativa alla punibilità della partecipazione a un’organizzazione criminale negli Stati membri dell’Unione europea, GU L 351 del 29.12.1998

¹⁷⁷ Piano d’azione contro la criminalità organizzata, adottato dal Consiglio il 28 aprile 1997, GU C251 del 15.08.1997 (adottato dal Consiglio europeo di Amsterdam del 16-17 giugno 1997), constava di trenta raccomandazioni con il fine di impostare una cooperazione più operativa in materia

¹⁷⁸ H. G. NILSSON, *op. cit.*, p. 120

¹⁷⁹ F. CALDERONI, *Organized crime legislation in the European Union: harmonization and approximation of criminal law, national legislations and the EU Framework Decision on the Fight Against Organized Crime*, Berlin, Springer, 2010, pp. 27-31

quello, tipico dei sistemi di *civil law*, che prevede la punibilità della partecipazione alle attività criminali –previste in una lista specifica all’art. 1 dell’azione comune- e non dell’organizzazione, e l’altro, adottato dai sistemi di *common law*, che criminalizza il mero accordo tra due persone di commettere uno dei reati previsti nella lista di cui sopra. Tale doppio approccio è stato mantenuto, in ragione anche dell’attiva partecipazione dell’UE ai negoziati¹⁸⁰, nella Convenzione ONU contro la criminalità organizzata transnazionale del 2000¹⁸¹. I due documenti sono poi stati integrati, al livello dell’Unione, nella decisione quadro¹⁸² adottata nel 2008, che però continua a prevedere un basso livello di armonizzazione tra gli Stati membri: è stato suggerito che questa impostazione può determinare una eccessiva criminalizzazione (e quindi un intervento sproporzionato e lesivo dei diritti individuali) e porre in pericolo il principio della certezza del diritto¹⁸³.

Nel periodo immediatamente successivo ad Amsterdam ed al Consiglio europeo di Tampere –terminato con l’adozione del programma quinquennale per lo sviluppo dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia- gli eventi dell’11 settembre 2001 e l’esplosione della minaccia terroristica hanno catalizzato l’attenzione dell’opinione pubblica, rendendo evidente l’inadeguatezza degli Stati a fronteggiare il problema autonomamente, ed imprimendo quindi una spinta ulteriore e molto forte al processo d’integrazione in materia di sicurezza. Questo ha portato gli Stati membri ad una effettiva e positiva intensificazione della cooperazione¹⁸⁴ -rappresentata emblematicamente dall’adozione del mandato d’arresto europeo¹⁸⁵- ma, allo stesso tempo, a trascurare la dimensione delle libertà e dei diritti quale componente del nuovo “spazio”. Anche il successivo programma quinquennale, adottato all’Aja nel 2004, è stato pesantemente influenzato dall’ “emergenza terrorismo”, e, come verrà analizzato in seguito, ha al suo centro lo sviluppo e l’affermazione del principio di disponibilità relativamente allo scambio di informazioni di polizia tra gli Stati membri. Su tale onda, sette di essi hanno poi, come già all’epoca di Schengen, deciso di immettersi in un percorso di cooperazione più stretta, firmando il 27 maggio 2005 –fuori dal quadro

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 32

¹⁸¹ Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, Palermo, 2000

¹⁸² Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata, GU L 300 del 11.11.2008; tale strumento verrà analizzato più approfonditamente nella sezione 1 del capitolo 2

¹⁸³ Si veda sull’argomento V. MITSILEGAS, *The Council Framework Decision on the fight against Organised Crime: what can be done to strengthen EU legislation in the field?*, studio richiesto dalla Commissione LIBE del PE, Bruxelles, 2011

¹⁸⁴ Tra il 1999 ed il 2003 il Consiglio giustizia e affari esteri ha adottato 5000 misure, per un approfondimento si veda V. MITSILEGAS, “The third wave of third pillar law: which direction for EU criminal justice?” in *European Law Review*, vol. 34, n°4, 2009, pp. 523-560

¹⁸⁵ Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d’arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, GU L 190 del 18.07.2002

giuridico dell'Unione- il Trattato di Prüm¹⁸⁶. Il Trattato, concluso in materia di lotta contro il terrorismo, criminalità ed immigrazione illegale, è stato incorporato nel 2008 nel corpus normativo dell'Unione¹⁸⁷. Come verrà evidenziato nel prossimo capitolo, sul piano dei diritti individuali il Trattato prevede una serie di misure di grande impatto e -verrà analizzato in seguito-, altamente discutibili, tra le quali il trattamento di dati concernenti il DNA e l'inserimento, sui voli di linea, degli *sceriffi del cielo*, figure dotate di poteri non chiaramente definiti¹⁸⁸ per la prevenzione di attività terroristiche. Una critica dello stesso tipo è stata -e viene tuttora- avanzata nei confronti dell'attività di Europol, segno del fatto che nella costruzione degli strumenti e delle strutture che, a livello dell'Unione, entrano in gioco per il mantenimento della sicurezza, si è molto spesso sottovalutata l'importanza di prevedere adeguate garanzie in termini di diritti e controllo sul rispetto degli stessi.

2. Il Trattato di Lisbona ed i programmi d'azione – nuove prospettive

La forte ed evidente supremazia della dimensione securitaria su quella dei diritti nell'ambito delle politiche di sicurezza europea ha apparentemente subito un riequilibrio con le novità introdotte dal Trattato di Lisbona, e ancor più con il programma di Stoccolma¹⁸⁹ (completato dal relativo piano d'azione¹⁹⁰).

Innanzitutto, l'eliminazione della struttura in pilastri e l'assimilazione quasi completa delle politiche di cooperazione in materia di giustizia penale e di polizia alle altre politiche condotte dall'Unione -e la conseguente estensione anche a queste aree di intervento degli strumenti normativi tipici dell'ex primo pilastro- ha introdotto il controllo democratico del Parlamento sulla procedura di adozione degli atti – esso diventa vero e proprio colegislatore-, nonché quello giurisdizionale della Corte, che

¹⁸⁶ Trattato fra il Regno del Belgio, la Repubblica federale di Germania, il Regno di Spagna, la Repubblica Francese, il Granducato di Lussemburgo, il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica di Austria riguardante l'approfondimento della cooperazione transfrontaliera, in particolare al fine di lottare contro il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale, Convenzione di Prüm, Prüm, 27 maggio 2005

¹⁸⁷ Tramite la Decisione 2008/615/GAI del Consiglio, del 23 giugno 2008, sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera, GU L210 del 6.8.2008

¹⁸⁸ Si veda C. MORINI, "La Convenzione di Prüm sulla cooperazione transfrontaliera specialmente in materia di lotta al terrorismo, al crimine transnazionale e all'immigrazione illegale", in *Studi sull'integrazione europea*, vol. 3, n° 1, 2008, p. 194

¹⁸⁹ Consiglio europeo, Programma di Stoccolma, adottato in data 10-11 dicembre 2009, GU C 115 del 04.05.2010

¹⁹⁰ Commissione europea, Comunicazione, Piano d'azione per l'attuazione del programma di Stoccolma, COM(2010) 171 del 20.04.2010

dal dicembre 2014 sarà completo¹⁹¹. A ciò si aggiunge il fatto che, per effetto dell'art. 6 TUE, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha valore vincolante e può quindi direttamente fungere da parametro di legittimità per gli atti adottati dall'Unione in materia di sicurezza; ne consegue anche che la Corte potrà controllare la conformità degli atti stessi ai diritti ed alle libertà sancite dalla Carta. Il quadro fin qui dipinto sembrerebbe ottimale e, inoltre, nella fase di formazione degli atti, al ruolo del Parlamento europeo, colegislatore a pieno titolo, si somma il controllo democratico sulla sussidiarietà operato, in modo rafforzato, dai Parlamenti nazionali.

Va però specificato come questi sviluppi assumano sfumature particolari nel momento in cui entrano in gioco nell'ambito dell'ex terzo pilastro.

Si procederà dunque a presentare le novità introdotte dal Trattato di Lisbona negli ambiti concernenti la sicurezza interna; queste saranno seguite da una breve analisi dei documenti di programmazione e programmi d'azione.

2.1. Le novità introdotte dal Trattato di Lisbona

Nei settori interessati dall'obiettivo della sicurezza interna, in particolare quelli che compongono l'ex terzo pilastro, il Trattato prevede gli opting-out di Regno Unito, Irlanda e Danimarca¹⁹². Questi rischiano di minare il processo unitario di integrazione, soprattutto in quanto, novità anch'essa del Trattato di Lisbona, il Protocollo n° 36 sulle disposizioni transitorie prevede, in più, la possibilità per la Gran Bretagna di mettere fine, al termine di un periodo transitorio di cinque anni, alla sua partecipazione a tutte le misure che fanno parte dell'*acquis* di Schengen alle quali aveva precedentemente aderito. Inoltre proprio nelle materie in esame il Trattato inserisce i cosiddetti *freni d'emergenza* -in ambito di cooperazione giudiziaria penale¹⁹³- e la necessità dell'unanimità -per l'adozione di misure di cooperazione operativa in ambito di politiche di polizia¹⁹⁴- che prevedono la possibilità di bloccare l'adozione di una norma, nel caso in cui anche un solo Stato sia contrario. In tali evenienze è prevista poi la possibilità che un minimo di nove Stati che vogliano comunque approfondire l'integrazione facciano ricorso alla cooperazione rafforzata.

Lo stesso meccanismo che prevede la possibilità del ricorso alla cooperazione rafforzata in caso di impossibilità a raggiungere l'unanimità è previsto anche per un'altra grande novità introdotta dal

¹⁹¹ Come verrà analizzato più compiutamente nei prossimi capitoli, vige, per gli atti adottati in precedenza nelle materie indicate, un periodo transitorio di cinque dall'entrata in vigore del Trattato (il 1° dicembre 2009), durante il quale, secondo il Protocollo n°36, essi saranno soggetti al completo sindacato della Corte solamente nel caso in cui vengano "convertiti"; allo scadere del termine, invece, rientreranno nel regime standard.

¹⁹² Rispettivamente, secondo il Protocollo n° 21 ed il Protocollo n° 22 annessi al Trattato di Lisbona

¹⁹³ Art. 82-83 TFUE

¹⁹⁴ Art. 87 TFUE

Trattato in materia: la costituzione di una Procura europea¹⁹⁵. Il Trattato non definisce in modo chiaro né le sue funzioni, né il rapporto tra essa e gli altri meccanismi di cooperazione esistenti, primo fra tutti Eurojust, ma determina che la sua fondazione debba avvenire “a partire da”¹⁹⁶ quest’ultimo. Il suo ambito di competenza sarebbe inizialmente limitato alla protezione degli interessi finanziari dell’UE ma potrebbe, in seguito ad una decisione all’unanimità, essere esteso alla criminalità grave di stampo transnazionale. Tale eventualità implicherebbe –le probabilità che ciò accada in un prossimo futuro sono molto basse- chiaramente un determinante passo in avanti nella definizione di uno spazio europeo di sicurezza e giustizia.

Un’analisi dell’articolato completo mostra come questo disegno abbia assunto, nel nuovo Trattato, un rilievo considerevole. Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia viene infatti indicato all’art. 3 TUE quale obiettivo dell’Unione ed in particolare risulta primo nella lista, posizione precedentemente occupata dal mercato interno. Tale inversione non ha certo alcuna rilevanza giuridica ma è sintomo dell’importanza assunta da una concezione più globale dell’Unione e dei suoi compiti, che, una volta realizzato il mercato interno in senso stretto, vanno anche funzionalmente nella direzione di una serie di altre norme ad esso correlate. L’impegno dell’Unione per la realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia viene ribadito all’art. 67 TFUE, che apre l’omonimo titolo del Trattato¹⁹⁷. Inoltre è completato dall’affermazione che tale obiettivo viene perseguito nel rispetto dei diritti fondamentali e dei diversi ordinamenti giuridici caratterizzati dalle rispettive tradizioni. La dimensione dei diritti e la loro importanza viene quindi chiaramente richiamata quale parte integrante della concezione di spazio comune europeo, in linea con l’idea di costruire una vera e propria comunità di diritto. In quest’ottica l’osservanza dei diritti e della legalità nell’esercizio del potere rappresentano una legittimazione indispensabile, che infatti trova conferma nell’adozione della Carta dei diritti fondamentali quale catalogo proprio dell’Unione, giuridicamente vincolante, nonché nella prevista adesione dell’UE alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali¹⁹⁸.

La Carta stessa enuncia poi il diritto di ogni persona alla sicurezza¹⁹⁹, chiudendo il cerchio. Va però specificata l’accezione di sicurezza sottesa alla disposizione in questione. Questa non fa infatti riferimento alla sicurezza intesa come azione attiva volta a prevenire il verificarsi di incidenti o a prevenire l’attività criminale, bensì alla garanzia all’incolumità che deve essere assicurata ad ogni individuo dall’azione volontaria -delle autorità in particolare, o di altri privati- volta a metterne in

¹⁹⁵ Art. 86 TFUE; questo verrà presentato nel capitolo 2 sulla cooperazione giudiziaria in materia penale

¹⁹⁶ Art. 86 par. 1 TFUE

¹⁹⁷ Titolo V

¹⁹⁸ Secondo l’art. 6 TUE

¹⁹⁹ Art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea

pericolo l'integrità fisica, i diritti e le proprietà. Tale interpretazione si ricava dalle spiegazioni fornite dalla Convenzione relativamente al testo, le quali richiamano espressamente l'art. 5 della CEDU ma ciò non elimina il fatto che la versione italiana, come anche quella tedesca e quella spagnola, presentino un'ambiguità permanente.

Non è invece così in francese, lingua nella quale esistono due termini diversi per indicare le due accezioni della parola italiana "sicurezza": *sécurité* e *sûreté*. All'art. 6 della versione francese del testo della Carta, infatti, si ritrova il secondo termine; anche la versione inglese tenta di indirizzare il lettore, riportando la dicitura "security of person".

E' a questo punto importante chiarire come il diritto alla sicurezza intesa come *sécurité* – quella interessata dalla dimensione di cooperazione in esame – nonostante rientri tradizionalmente, come detto, tra i compiti primari dello Stato, non rappresenta un diritto fondamentale. Mancano infatti ad esso quelle caratteristiche di sovraordinarietà legislativa e soggettività che ciascun diritto fondamentale deve presentare per essere tale²⁰⁰. E' stato poi osservato²⁰¹ come tale eventualità non sia probabilmente nemmeno auspicabile, in quanto conferirebbe ad ogni individuo il diritto a pretendere un risarcimento ogniqualvolta la sua sicurezza venisse messa a rischio e, ancor di più, il diritto a pretendere l'adozione di misure atte a prevenire tale rischio al punto da "pretendere di vivere senza correre il minimo rischio"²⁰². Una siffatta impostazione giugerebbe inoltre a prefigurare una situazione estrema di quello che già è stato indicato come "stato di emergenza permanente"²⁰³ fino a giungere all'instaurazione di uno Stato di polizia dove, in nome del diritto alla *sécurité*, si avrebbe inevitabilmente una compressione degli altri diritti fondamentali.

L'intervento dell'Unione –come quello degli Stati- in materia deve quindi sempre tener ben presente che quello della sicurezza rappresenta un obiettivo che non può, in condizioni normali, prevaricare i diritti fondamentali. Il (recente) riconoscimento dell'importanza di tale obiettivo per l'Unione è suffragato dall'istituzione, tramite l'art. 71 TFUE, di un comitato permanente per la cooperazione operativa in materia di sicurezza interna (COSI). Lo stesso articolo prevede anche un controllo sulle attività del comitato da parte tanto del Parlamento europeo, quanto dei parlamenti nazionali. Questo, letto in combinato con l'art. 73 TFUE, che prevede la possibilità di organizzare forme di cooperazione tra le aree dell'amministrazione pubblica che si occupano di sicurezza nazionale, può essere inteso a favorire, in prospettiva, il superamento di quella riserva assoluta degli

²⁰⁰ Si veda sull'argomento M.-A. GRANGER, *op. cit.*, p. 277-282

²⁰¹ *Ibidem*, p. 281

²⁰² D. TRUCHET, « L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public : la question d'un droit à la sécurité », in *L'ordre public: ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Bruylant, Collection Droit et Justice, 2001, p. 310

²⁰³ Si veda l'introduzione alla sezione 1

Stati concernente la sicurezza nazionale prevista dagli art. 4 TUE e 72 TFUE²⁰⁴. Tale sviluppo è decisamente importante nella misura in cui rappresenta un passo in avanti rispetto ad una cooperazione fino ad ora realizzatasi –quando si è realizzata- su di un piano teorico e, possiamo dire, programmatico, non tale, quindi, da sviluppare quella fiducia reciproca che sarebbe invece necessaria. Ne è esempio lampante l’attività di cooperazione che si realizza all’interno di Europol, il cui frutto principale è l’Organised Crime Threat Assessment (OCTA)²⁰⁵, importante strumento di diffusione della conoscenza delle minacce criminali, ma che resta molto poco operativo²⁰⁶. In riferimento specifico alla cooperazione di polizia, ed al capo del Trattato ad essa dedicato, vi è un altro –nuovo- riferimento alla cooperazione operativa, anche se essa rimane sempre soggetta al voto all’unanimità in Consiglio²⁰⁷.

La criminalità organizzata è, come si è visto, in cima alle priorità delle attività per la sicurezza in ambito europeo –insieme, ad ondate, al terrorismo- e, identificata tra le forme di criminalità grave a carattere transnazionale²⁰⁸, viene indicata quale settore nel quale adottare norme di contrasto ai sensi degli articoli 82 ed 83 TFUE sulla cooperazione giudiziaria penale e dell’articolo 87 TFUE in materia di cooperazione di polizia. L’art. 89 TFUE, poi, riferendosi, agli articoli 82 ed 87, prevede che il Consiglio, ancora una volta all’unanimità, possa adottare norme che fissino le condizioni ed i limiti dell’attività delle autorità di uno Stato membro sul territorio di un altro. Infine, la lotta alla criminalità organizzata è il focus di una serie di iniziative, ultima delle quali è la risoluzione sulla criminalità organizzata nell’UE²⁰⁹ adottata dal Parlamento europeo lo scorso 25 ottobre 2011. Il documento²¹⁰ –votato a larghissima maggioranza²¹¹-, preso atto del fatto che la criminalità organizzata costituisce il più grande “agente economico” sul territorio dell’Unione, richiede la predisposizione di una strategia orizzontale *ad hoc* per avviare un’opera di contrasto efficace²¹².

²⁰⁴ Si veda sezione 1 paragrafo 1; a questo proposito, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE in *op. cit.*, dà una visione decisamente ottimista, affermando che il riferimento alla sicurezza nazionale serve a mascherare ed a rendere politicamente accettabile un reale progresso nella direzione di una nuova cooperazione operativa, ma finché il Trattato prevede articoli che fanno della sicurezza nazionale una prerogativa dei singoli Stati, qualsiasi forma di cooperazione rimane molto fragile, ed interrompibile in qualsiasi momento.

²⁰⁵ Elaborato per la prima volta nel 2006

²⁰⁶ Su modello dell’OCTA è stato impostato anche il TE-SAT (EU Terrorism Situation and Trend Report) sul terrorismo

²⁰⁷ Art. 87 par. 3 TFUE

²⁰⁸ Art. 83 TFUE

²⁰⁹ Parlamento europeo, Risoluzione sulla criminalità organizzata nell’Unione europea, doc. 2010/2309(INI) del 25 ottobre 2011

²¹⁰ relatrice l’onorevole Sonia Alfano

²¹¹ 584 voti favorevoli, 6 contrari e 4 astenuti

²¹² Per una presentazione della risoluzione e del suo background si veda A. BALSAMO e C. LUCCHINI, “La risoluzione del 25 ottobre 2011 del Parlamento europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata”, in *Diritto penale contemporaneo*, rivista on-line, 2011, accessibile all’indirizzo: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Articolo%20Balsamo%20Lucchini.pdf>

2.2. I documenti di programmazione

L'evidenza della necessità di sviluppare una sicurezza europea sta anche nel fatto che, come detto, alle norme di diritto primario e derivato si affiancano sempre più programmi, strategie e piani d'azione –nessuno dei quali presenta, però, carattere vincolante.

In primo piano, accanto ai piani quinquennali per la realizzazione dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, sono le Strategie europee per la sicurezza. La prima, la Strategia per la sicurezza esterna, è stata adottata nel 2003²¹³ seguita, solo nel 2010, da quella per la sicurezza interna²¹⁴. Rilevante ai fini della presente ricerca è sicuramente la seconda, ma, come riconosciuto in parte anche dall'impianto del Trattato di Lisbona, le due dimensioni sono strettamente interconnesse²¹⁵. All'art. 3 TUE, anche la sicurezza esterna, accanto a quella interna, è posta tra gli obiettivi dell'Unione, ma, soprattutto, la clausola di solidarietà²¹⁶ prevede una collaborazione tra gli Stati membri che non si esplica solamente nel momento in cui uno di essi viene attaccato, ma anche in via preventiva, coinvolgendo “tutti gli strumenti”²¹⁷ e quindi anche le forze di polizia ed i sistemi di *intelligence*. Il collegamento tra sicurezza europea esterna ed interna è poi evidente nei documenti di programma summenzionati, a partire dalla Strategia europea di sicurezza esterna, che tra le cinque minacce chiave identifica come quinta la criminalità organizzata –che, tra l'altro si ritrova anche all'interno della altre quattro-, il cui contrasto è, anche in virtù della storia di molti paesi dell'UE, sicuramente un problema di sicurezza interno. Ancora più evidente è l'interconnessione tra le due dimensioni della sicurezza nell'ambito del programma di Stoccolma, che dedica un capitolo intero agli aspetti esterni dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Inoltre lo stesso chiama il Consiglio e la Commissione a definire una “strategia di sicurezza interna dell'Unione globale” basata, *in primis*, sulla ripartizione dei compiti tra Unione e Stati membri in modo “che rispecchi una visione condivisa delle problematiche odierne” e, accanto a ciò, sul “rispetto dei diritti fondamentali, protezione internazionale e Stato di diritto”²¹⁸.

Il programma di Stoccolma rappresenta poi, come detto precedentemente, il primo tentativo, dopo il decennio scorso, di ricalibrare gli aspetti dello spazio europeo connessi alla sicurezza con quelli dei diritti e delle libertà, dando alla costituenda azione dell'Unione in materia un volto più presentabile, e, di conseguenza, una maggiore legittimazione. All'interno dello stesso, infatti, il primo capitolo è

²¹³ Consiglio europeo, Strategia europea in materia di sicurezza “Un'Europa sicura in un mondo migliore”, Bruxelles, 12 dicembre 2003

²¹⁴ Consiglio europeo, Strategia di sicurezza interna per l'Unione “Verso un modello europeo di sicurezza”, Bruxelles, 25-26 marzo 2010

²¹⁵ Si veda L. ORTEGA, “Towards a new conception of European security”, in *Revue européenne de droit public*, Esperia, 2008, vol 20, n° 1, pp. 32-46

²¹⁶ Art. 222 TFUE

²¹⁷ Art. 222 par. 1 TFUE

²¹⁸ Consiglio europeo, Programma di Stoccolma, adottato in data 10-11 dicembre 2009, GU C 115 del 04.05.2010, p. 17

dedicato alla promozione dei diritti dei singoli ed il primo pacchetto di misure, indicate nel relativo Piano d'azione²¹⁹ e rispetto alle quali già si vedono risultati, riguarda proprio l'armonizzazione di un nucleo duro di diritti procedurali all'interno dell'area UE²²⁰.

Il primo passo verso la strategia globale identificata nel programma è senza dubbio la Strategia europea di sicurezza interna adottata dal Consiglio europeo nel marzo 2010, in relazione alla quale la Commissione ha emesso una comunicazione²²¹ volta ad indicare le azioni per darle seguito effettivo. Quest'ultima identifica –su modello del programma di Stoccolma- le forme gravi di criminalità organizzata quale prima minaccia comune e mira a dare alla cooperazione un impulso operativo. Al centro dell'intervento in questo senso viene posto l'operato del COSI, ed inoltre le Agenzie dell'Unione sono chiamate ad un'azione fortemente integrata²²². Sulla scorta di tali previsioni di impegno è stato predisposto un piano d'azione caratterizzato da programmazione pluriennale, il cosiddetto “ciclo programmatico”²²³ (il primo dei quali ha durata solamente biennale, dal 2011 al 2013) da realizzarsi sulla base dell'EU SOCTA (EU Serious Organised Threat Assessment), che nasce sulla scia dell'OCTA.

Questa forte enfasi sugli aspetti legati alla sicurezza rischia però, ancora una volta, di portare a trascurare la dimensione dei diritti e della giustizia che, invece, dovrebbero controbilanciarla ed aiuterebbero a renderla, in quanto più autorevole e legittimata, più efficace. In uno studio²²⁴ richiesto dalla commissione LIBE del Parlamento europeo, viene infatti affermato come la dimensione della giustizia emerge dalla comunicazione della Commissione fortemente contenuta. La comunicazione ricorda infatti che le azioni individuate “devono basarsi su valori comuni fra cui lo Stato di diritto e il rispetto dei diritti fondamentali”²²⁵, “tuttavia tale aspetto è affrontato solo

²¹⁹ Commissione europea, Comunicazione, Piano d'azione per l'attuazione del programma di Stoccolma, COM(2010) 171 del 20.04.2010

²²⁰ Sono già state adottate tre direttive: direttiva sul diritto all'interpretazione ed alla traduzione nei procedimenti penali, Direttiva 2010/64/UE del Parlamento e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, GU L 280 del 26.10.2010; Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, GU L 142 dell'1.06.2012; Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari, GU L 294 del 6.11.2013

²²¹ Commissione europea, Comunicazione COM(2010) 673 def. della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, “La strategia di sicurezza interna dell'UE in azione: cinque tappe verso un'Europa più sicura”, del 22.11.2010

²²² Una relazione realizzata *ad hoc* identifica una serie di misure da attuare attraverso la collaborazione tra Europol, Eurojust, CEPOL e FROTEX, Relazione finale sulla cooperazione tra agenzie GAI, doc. 8387/10 JAI 287 COSI 17 del 9 aprile 2010

²²³ Come indicato dal Consiglio nel Progetto di conclusioni del Consiglio sull'elaborazione e attuazione di un ciclo programmatico dell'UE per contrastare la criminalità organizzata e le forme gravi di criminalità internazionale, 15358/10, del 25 ottobre 2010

²²⁴ M. BUSUIOC E D. CURTIN, *La strategia di sicurezza interna dell'UE, il ciclo programmatico dell'UE e il ruolo delle agenzie (AFSJ)*, studio richiesto dalla Commissione LIBE del PE, Bruxelles, 2011

²²⁵ Commissione europea, Comunicazione COM(2010) 673 def., *cit.*, p. 3

parzialmente, in un breve paragrafo”²²⁶. L’approccio olistico e programmatico adottato per il perseguimento della sicurezza non appare esteso alle altre dimensioni indicate, elemento che, ancora una volta, rischia di determinare una trascuratezza degli stessi con una duplice conseguenza -che risulterà evidente dall’analisi approfondita dei diversi ambiti di intervento interessati. La prima conseguenza è la messa in pericolo di diritti e libertà fondamentali nonché dello Stato di diritto con conseguente ripiegamento degli Stati su loro stessi. La seconda, collegata a questa, è la scarsa efficacia nel raggiungimento degli obiettivi stessi di sicurezza, che necessitano per essere perseguiti di piena fiducia reciproca tra gli Stati membri e disponibilità assoluta alla collaborazione.

Un visione equilibrata ed efficacemente convincente di sicurezza emerge invece dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro²²⁷. Questa è il frutto di un anno di lavoro della Commissione CRIM del Parlamento europeo e, al di là della forma sotto cui si presenta, costituisce un vero e proprio programma di intervento in materia, confermando quanto espresso nelle precitata relazione intermedia adottata il 23 giugno²²⁸.

I punti qualificanti sono molteplici ed a tutti sono sottesi la promozione dei diritti fondamentali e lo sviluppo di una’effettiva fiducia reciproca tra Stati membri. Questi emergono immediatamente, in quanto la protezione ed assistenza alla vittime viene richiamata quale componente irrinunciabile di un quadro legislativo omogeneo e coerente proprio al principio dell’articolato. Fra gli inviti ad agire rivolti alla Commissione *in primis* si trova poi - accanto al lancio di un piano d’azione europeo integrato contro la criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro – quello a completare, in collaborazione con gli Stati membri, a completare tabella di marcia concernente i diritti delle persone sospettate e accusate di reati²²⁹. Contestualmente si richiama l’attenzione anche sull’importanza di una direttiva sulla detenzione preventiva, della quale, al momento, non è stata presentata nemmeno la proposta. Ancora, in riferimento alla possibilità di costituire una Procura europea, si sottolinea la necessità che questa “sia sostenuta da un quadro chiaro in materia di diritti processuali e che i reati per i quali la Procura europea è competente siano chiaramente definiti”²³⁰. Particolarmente rilevante in relazione alla fiducia reciproca tra Stati è, infine l’invito agli Stati membri alla creazione di una “«rete operativa antimafia» caratterizzata da snellezza e informalità, ai fini dello scambio di informazioni sulle connotazioni strutturali delle mafie presenti nei rispettivi

²²⁶ M. BUSUIOC E D. CURTIN, *op. cit.*, p. 14

²²⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere (relazione finale) (2013/2107(INI))

²²⁸ Parlamento europeo, Risoluzione sulla criminalità organizzata nell’Unione europea, doc. 2010/2309(INI) del 25 ottobre 2011

²²⁹ Risoluzione del Parlamento europeo (2013/2107(INI)), punto 3

²³⁰ *Ibidem*, punto 13

territori, sulle proiezioni criminali e finanziarie, sulla localizzazione dei patrimoni e sui tentativi di infiltrazione negli appalti pubblici”²³¹. Viene quindi prospettato un tipo di cooperazione anche operativo, che presuppone l’instaurazione di quei rapporti che prefigurano chiaramente lo sviluppo di un *modus* europeo di concepire la sicurezza.

In conclusione, il risultato della nuova architettura istituzionale dipenderà da come le clausole e gli strumenti descritti vengano effettivamente utilizzati. Guardando allo sviluppo di una sicurezza europea, non si negherà che - anche volendo lasciare un momento da parte la primaria questione dell’equilibrio tra le diverse dimensioni di libertà, sicurezza e giustizia - vi è il chiaro rischio di un’ulteriore diversificazione geografica del livello d’integrazione sulla base delle diverse esigenze e tradizioni nazionali. Ciò significherebbe una sconfitta per l’affermazione di una cooperazione basata sulla fiducia reciproca ed andrebbe a minare alla radice l’obiettivo di costruire un unico spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, e quindi il progetto stesso di integrazione. I meccanismi citati in riferimento alle disposizioni del Trattato rappresentano quindi il cavallo di Troia nell’edificio della giovane e fragile sicurezza europea, in quanto possono determinare un ripiegamento verso gli egoismi e le singole sicurezze nazionali in uno scenario che invece, chiaramente, necessita di un’azione unica ed unitaria. L’importanza della condivisione di un unico spazio di sicurezza sta anche nella possibilità di un controllo reciproco sul rispetto di una soglia minima di diritti e libertà, diritti e libertà che, come ricordato, hanno trovato la loro consacrazione nell’ carattere vincolante della Carta dei diritti dell’Unione. Tale controllo verrebbe meno in una situazione di ritorno alla sicurezza concepita come prerogativa ed obiettivo nazionale²³², e, come detto, il disegno di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia sarebbe messo in forte pericolo.

Per verificare quanto le premesse introdotte dal Trattato, come dal diritto derivato e dai documenti di programma sullo spazio di sicurezza europeo - ed in particolare sulla lotta integrata alla criminalità organizzata-, siano effettivamente rispettate e realizzate, verranno quindi analizzati uno per uno i settori di maggior intervento dell’Unione (cooperazione di polizia, cooperazione giudiziaria in ambito penale, cooperazione in materia di misure patrimoniali e finanziarie, senza dimenticare la proiezione esterna di tali ambiti d’azione). Ciò sarà fatto mettendo in risalto quanto e come la dimensione della salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali sia stata integrata in ciascuno di essi.

²³¹ *Ibidem*, punto 49

²³² Si veda il sezione 1 paragrafo 1

PARTE I : IL PROBLEMA DEL RISPETTO DEI DIRITTI IN MATERIA DI GIUSTIZIA PENALE

Il pericolo che il diritto penale costituisce intrinsecamente per la libertà personale dell'individuo, e di tutti i diritti e le libertà ad essa legati, viene, nel caso dell'Unione, ulteriormente acuito dal fatto che la cooperazione implica l'interazione tra sistemi diversi, i quali possono prevedere garanzie di tipo diverso, che entrano in gioco in modo diverso. Ciò, in particolare in attuazione del principio del mutuo riconoscimento, può facilmente determinare l'insorgenza di "vuoti di protezione", nonché il rischio che trattamenti differenziati tra uno Stato e l'altro portino ad una sorta di dumping finalizzato allo sfruttamento del sistema più repressivo.

Come espresso in dottrina²³³, il rapporto tra diritto penale alla base della cooperazione in esame ed i diritti e le libertà fondamentali ha una valenza doppia, che si riscontra tanto nella rilevanza penale espressa dagli ultimi, quanto nella relazione funzionale tra i due ambiti.

Partendo dal primo dei due aspetti, vi sono, per iniziare, alcuni diritti e libertà fondamentali che hanno intrinseca natura penale, al punto da essere parte del sistema giuridico penale o, addirittura, da regolarlo. Si tratta, ad esempio, del divieto della pena di morte come anche del principio di legalità in ambito penale²³⁴ o del divieto di retroattività della norma penale più sfavorevole al reo. Accanto a questi vi sono poi altri diritti e libertà di diverse generazioni che, pur non essendo intrinsecamente di rilevanza penale, possono nondimeno ispirare e contribuire alla formazione di norme di questo tipo. Si pensi, ad esempio alla libertà di associazione, che richiede l'adozione di norme penali tanto volte a prevenirne la proibizione, quanto a garantirne l'esercizio.

Passando poi al rapporto funzionale tra i due ambiti, anche questo risulta duplice. Nel primo caso i diritti e le libertà svolgono una funzione di limite alla funzione punitiva, e quindi di salvaguardia della persona alla quale le norme repressive sono applicate; il secondo rapporto vede invece i diritti e le libertà quale fondamento ed oggetto dell'azione normativa penale. E' facile notare come vi sia una sovrapposizione di massima tra i diritti e libertà di natura intrinsecamente penali e la loro funzione di limite, sovrapposizione che si ripropone per le due categorie escluse. Si può quindi parlare, a grandi linee, di diritti negativi e diritti positivi, e si può riscontrare nell'evoluzione

²³³ F. PALAZZO, "European Charter of fundamental rights and criminal law", in M. CHERIF BASSIOUNI, V. MILITELLO e H. SATZGER (a cura di), *European cooperation in penal matters: issues and perspectives*, Padova, CEDAM, 2008, pp. 5-10; tale analisi è riproposta in un articolo dello stesso autore, F. PALAZZO, "Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal", in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, n° 1, 2008, pp. 1-21

²³⁴ Che non si riferisce ad altro se non alla certezza del diritto in ambito penale

dell'affermazione dei diritti fondamentali, come il rapporto di primo tipo abbia preceduto il secondo, frutto di più maturi sistemi giuridici.

Tale considerazione vale tanto per gli ordinamenti interni degli Stati, quanto, *mutatis mutandi*, per l'azione normativa esercitata a livello dell'Unione europea. Espressione diretta della funzione di limite dei diritti e libertà fondamentali nei confronti del diritto penale è il dettato dell'art. 67 TFUE, al quale si enuncia che "l'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali [nonché dei diversi ordinamenti giuridici]". Con l'attribuzione alla Carta di valore giuridico vincolante, il rapporto tra le due dimensioni in esame deve ormai essere riformulato nell'ambito dell'Unione. Oltre che limite invalicabile posto al carattere delle misure di cooperazione a finalità repressiva, la Carta stessa è infatti divenuta, in virtù della modernità dei diritti in essa contenuti, anche base ideale –ed allo stesso tempo tangibile- per il passaggio pieno ed effettivo alla dimensione in cui i diritti e le libertà sono il fine degli strumenti di diritto penale.

Il Trattato di Lisbona offre oggi chiare basi giuridiche per l'azione dell'Unione in materia penale, agli articoli 82 ed 83 TFUE²³⁵, entrambi però ancora soggetti al cosiddetto freno di emergenza. Ciascuno Stato può infatti sospendere la procedura di adozione di un atto nel caso in esso ritenga che l'atto stesso incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale²³⁶. La questione viene in questo caso rimessa al Consiglio europeo e se durante il periodo di sospensione (pari a quattro mesi) non viene raggiunto l'accordo, l'atto non viene adottato. Rimane la possibilità, nel caso dell'accordo di almeno nove Stati membri, di instaurare sulla base del progetto una cooperazione rafforzata. Siffatta disposizione rappresenta il retaggio della particolare ritrosia degli Stati a cedere sovranità nella materia in esame, ed è indice di come essa rappresenti tuttora un ambito nel quale gli Stati ritengono, in caso di necessità, che la visione nazionale debba prevalere su quella sovranazionale. La frequenza con cui, nel prossimo futuro, gli Stati faranno ricorso a tale opportunità – insieme al comportamento tenuto da Gran Bretagna, Irlanda e Danimarca che beneficiano dell'*opting in* sulle misure in esame- andrà a determinare la possibilità che si sviluppi un vero spazio penale europeo.

All'art. 82 par. 1 TFUE vengono preliminarmente individuate, senza ordine gerarchico, le due vie del mutuo riconoscimento e del ravvicinamento della legislazione quali modalità di attuazione della cooperazione in materia giudiziaria penale (alle quali si aggiunge, benché non citata espressamente, la modalità di cooperazione integrata rappresentata, al momento, essenzialmente da Eurojust).

²³⁵ Per una riflessione approfondita e critica sulle potenzialità (e i limiti) imposti da tali nuove disposizioni si veda E. RUBI-CAVAGNA, "Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévues par le traité de Lisbonne", in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n°3, 2009, pp. 501-521

²³⁶ Art. 82.3 ed 83.3 TFUE

Di seguito, allo stesso articolo, sono indicati in modo più specifico due tipi di basi giuridiche. Una prima per l'adozione di misure che, incentrate sul principio del mutuo riconoscimento, vadano ad assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di decisione giudiziaria, a prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione, ma anche sostengano la formazione degli operatori giudiziari e facilitino la cooperazione tra le autorità operanti nel campo della giustizia penale (art. 82 par. 1). Al secondo comma è poi stata introdotta una seconda base giuridica per l'adozione di norme minime che realizzino, quando necessario per facilitare il riconoscimento reciproco, un ravvicinamento delle legislazioni (si parla di direttive) in taluni aspetti di diritto penale processuale. Tali aspetti sono elencati: l'ammissibilità reciproca delle prove tra Stati, i diritti degli individui nella procedura penale, i diritti delle vittime ed altri elementi specifici della procedura (art. 82 par. 2). Siffatta base giuridica appare molto importante, centrale, per lo sviluppo di quella fiducia reciproca tra Stati necessaria al buon funzionamento degli strumenti di mutuo riconoscimento, ma esprime anche, al tempo stesso, esattamente il rapporto tra diritti fondamentali e diritto penale che vede i primi quale oggetto ed obiettivo del secondo. Evidenza dell'importanza della disposizione in esame si ritrova nel fatto che, nonostante il fatto che il Trattato di Lisbona sia entrato in vigore solo nel dicembre 2009, essa è già stata all'origine di tre direttive che, significativamente, hanno ad oggetto altrettanti diritti procedurali²³⁷.

Quanto appena esposto sembra quindi rimarcare e sostanziare l'importanza della salvaguardia dei diritti e delle libertà dei singoli per lo sviluppo di un vero spazio penale europeo, ma la disposizione stessa tradisce in realtà un'impostazione che continua a veder privilegiato l'aspetto repressivo della cooperazione giudiziaria in ambito penale. La possibilità di azionare il "freno d'emergenza" sopra descritto viene infatti prevista unicamente in riferimento al secondo comma dell'articolo, e quindi alle norme minime che andrebbero a realizzare un ravvicinamento delle legislazioni in riferimento ai diritti processuali; tale possibilità di limitazione non è invece prevista per le misure che debbano andare a realizzare il mutuo riconoscimento con finalità repressiva. Vista la delicatezza che gli strumenti di questo tipo presentano per la salvaguardia dei diritti e libertà fondamentali (e quindi anche per la costruzione della fiducia reciproca tra Stati), tale esclusione appare altamente criticabile²³⁸.

²³⁷ Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, GU L 280 del 26.10.2010; Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, GU L 142 dell'1.06.2012; Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari, GU L 294 del 6.11.2013

²³⁸ E. HERLIN-KARNELL, *EU criminal law relocated – Recent developments*, working paper, 2011, p. 21, disponibile all'indirizzo: <http://uu.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2:458487>

L'art. 83 rappresenta invece la base giuridica per l'armonizzazione del diritto penale sostanziale, attraverso la previsione della possibilità di adottare norme minime relative alla definizione di reati e relative pene in sfere di criminalità a carattere transfrontaliero. Segue a tale enunciazione la lista delle sfere di criminalità interessate, tra le quali si ritrova, ovviamente, la criminalità organizzata. Il secondo comma dello stesso articolo individua poi la base giuridica per l'adozione di norme dello stesso tipo di quelle sopra indicate, ma in settori che siano stati già oggetto di armonizzazione (e quindi appartenenti all'ex primo pilastro), nel caso in cui tale azione sia necessaria per garantire l'attuazione efficace della politica dell'Unione. Come è stato fatto notare²³⁹, tale opzione è particolarmente interessante anche ai fini del contrasto alla criminalità organizzata, in quanto permette di combatterla adottando norme che criminalizzino e sanzionino il comportamento delle organizzazioni criminali in relazione alle loro attività nell'ambito del mercato interno (si pensi, ad esempio al settore degli appalti pubblici, di primario interesse per tali attori). L'interesse di tale possibilità è molto alto in vista l'evoluzione in senso economico del profilo delle organizzazioni più pericolose ed è incrementato dal fatto di offrire il vantaggio, su tutte le altre norme esaminate, di escludere la possibilità di *opting out*.

Sempre nell'ottica della lotta alla criminalità organizzata, il Trattato di Lisbona ha introdotto poi un'altra opportunità interessante. All'art. 86 TFUE viene infatti affermata la possibilità della costituzione, a partire da Eurojust, di una Procura europea²⁴⁰. Il Trattato prevede che questa possa nascere, in mancanza di accordo unanime, anche per effetto dell'instaurazione di una cooperazione rafforzata tra almeno nove Stati, e, sempre in condizione di assenza di unanimità, tale meccanismo possa successivamente permettere l'ampliamento delle competenze della Procura stessa dalla protezione degli interessi finanziari dell'Unione²⁴¹, alla lotta alla criminalità grave a carattere transnazionale. Non è ancora chiaro quale forma potrà, nel caso, assumere tale Procura né, nell'eventualità di un successivo allargamento del suo campo d'azione, quali fattispecie criminali potrebbe perseguire, con quali modalità e davanti a quale tribunale²⁴². Sicuramente, però, la lotta alla criminalità organizzata verrebbe in rilievo.

²³⁹ V. MITSILEGAS, *The Council Framework Decision on the fight against Organised Crime: what can be done to strengthen EU legislation in the field?*, studio richiesto dalla Commissione LIBE del PE, Bruxelles, 2011, pp. 22-23

²⁴⁰ Tale idea viene da lontano, ed è stata formulata per la prima volta in uno studio commissionato dalla Commissione europea, M. DELMAS-MARTY e J. A. E. VERVAELE, (a cura di), *L'attuazione del Corpus Juris negli Stati membri*, 1999, in vista della presentazione del Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea, COM(2001) 715 definitivo, presentato l'11.12.2001; per un approfondimento di tale tematica si veda, per i primi passi, M. BARGIS e S. NOSEGO (a cura di), *Corpus juris, pubblico ministero europeo e cooperazione internazionale*, Milano, Giuffrè, 2003, mentre per un'analisi delle prospettive aperte dal Trattato di Lisbona, P. GHALEH-MARZBAN, "Le parquet européen : l'utopie devient-t-elle enfin réalité ?", in *AJ Pénal*, Dalloz, 2010, p. 539

²⁴¹ Attualmente compito dell'OLAF

²⁴² Oltre all'interrogativo circa il futuro di Eurojust

E' quindi evidente che il Trattato di Lisbona offre un significativo potenziale di sviluppo in materia di cooperazione giudiziaria per lotta alla criminalità organizzata, la quale però, per poter essere veramente efficace e legittima, deve essere controbilanciata da un'azione dell'Unione volta a garantire i diritti e le libertà fondamentali degli individui. Lo stato dell'arte di questa relazione costituisce il fulcro della prima parte della ricerca. I due capitoli che la compongono suddividono in modo evidente l'azione dell'Unione in materia tra le misure volte alla repressione dell'individuo ed invece quelle che hanno come obiettivo la protezione dello stesso nell'ambito della cooperazione giudiziaria penale e la promozione dei suoi diritti. Sarà così più facile verificare quanto i due aspetti siano effettivamente bilanciati e quale sia il livello di protezione assicurato dall'Unione ai diritti legati alla giustizia in ambito penale.

CAP 2 – GLI STRUMENTI A FINALITA' REPRESSIVA

L'amministrazione della giustizia rientra, come l'attività di polizia, tra le prerogative dello Stato sovrano, ed è per questo motivo che la cooperazione in tale ambito si è sviluppata tardi. Ciò è soprattutto e sicuramente vero per la giustizia penale, che implica l'uso del potere coercitivo più alto, quello di togliere la libertà agli individui.

La cooperazione internazionale è però resa indispensabile dalla mobilità dei criminali, nonché degli elementi di prova. Ciò ancor più in uno spazio come quello dell'Unione, all'interno del quale sono state aboliti i controlli alle frontiere tra gli Stati, ed è emersa la necessità di procedere ad una qualche forma di integrazione in importanti settori del diritto penale²⁴³. Tra questi rientra sicuramente la criminalità organizzata (nonostante le difficoltà legate alle diversissime forme in cui essa si è storicamente espressa nei vari paesi).

Il primo vero riconoscimento formale dell'urgenza di rendere la materia almeno "questione di interesse comune" risale al Trattato di Maastricht, con la fondazione dell'Unione europea e l'inserimento in essa del terzo pilastro per la cooperazione in materia di giustizia ed affari interni.

La successiva adozione di atti in materia, essenzialmente azioni comuni e convenzioni, è stata felicemente definita in dottrina la "prima ondata" di misure di terzo pilastro²⁴⁴ (a tale prima ondata risale l'azione comune relativa alla criminalità organizzata²⁴⁵). Nonostante le note carenze che caratterizzavano queste tipologie di atti, essi hanno costituito il punto di partenza per lo sviluppo nella direzione di una reale integrazione.

Successivamente, il Trattato di Amsterdam ha costituito un importantissimo punto di svolta, dotando la cooperazione nell'ambito in esame di strumenti legislativi incisivi ed operativi. Com'era facilmente prevedibile, una "seconda ondata" di misure è seguita, fortemente incentivata dal Consiglio europeo di Tampere del 1999. La notoria centralità di tale occasione è rappresentata *in primis* dall'introduzione del principio del mutuo riconoscimento²⁴⁶ quale pietra miliare dell'azione dell'Unione in materia²⁴⁷, seguita, a fine 2000, dall'adozione di un preciso programma per

²⁴³ Sul punto e sul processo di costruzione dell'integrazione europea in ambito di cooperazione giudiziaria in materia penale, si vedano su tutti G. GRASSO, "Diritto penale ed integrazione europea", in G. GRASSO e R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 80-91; L. SALAZAR, "La costruzione di uno spazio penale comune europeo", in G. GRASSO e R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 395-466; U. GUERINI, *Il diritto penale dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 75-122

²⁴⁴ V. MITSILEGAS, "The third wave of third pillar law: which direction for EU criminal justice?" in *European Law Review*, vol. 34, n°4, 2009, p. 523

²⁴⁵ Azione comune 98/733/GAI del Consiglio del 21 dicembre 1998 relativa alla punibilità della partecipazione a un'organizzazione criminale negli Stati membri dell'Unione europea, GU L 351 del 29.12.1998

²⁴⁶ Concetto mutuato dall'ambito economico della libera circolazione delle merci

²⁴⁷ Lo sdoppiamento circa i modi della cooperazione fino ad allora incentrati unicamente sull'armonizzazione e sul ravvicinamento delle legislazioni, trova la sua origine nello scetticismo degli Stati membri circa la possibilità di

l'attuazione dello stesso in riferimento alle decisioni penali²⁴⁸. Il mutuo riconoscimento ha in effetti costituito, a partire da quel momento, il motore principale dell'integrazione europea nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale.

Al Trattato di Amsterdam risale poi l'introduzione della base giuridica per la costituzione di Eurojust, istituita nel 2002 tramite decisione²⁴⁹ al fine di intensificare la lotta contro la criminalità transfrontaliera tramite una più stretta collaborazione e lo scambio di informazioni tra autorità dei diversi Stati membri²⁵⁰.

Sulle nuove opportunità fornite si sono poi innescati, a partire dal 2001, gli attentati terroristici, ponendo ulteriormente enfasi sull'aspetto repressivo della cooperazione. Ciò ha influenzato profondamente l'adozione degli strumenti di cooperazione, come dimostra il fatto che, a fronte dell'elevatissimo numero di misure adottate²⁵¹, una sola abbia avuto ad oggetto la protezione degli individui²⁵², mentre tutte le altre hanno carattere repressivo. Tale aspetto si riscontra anche nel carattere degli strumenti -primo fra tutti il mandato d'arresto europeo²⁵³- che in relazione al rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali dimostrano lacune ed hanno determinato tensioni in sede di recepimento. Si è quindi evidentemente realizzato un forte ritardo dell'ingresso della dimensione dei diritti fondamentali e dell'affermazione degli stessi nel quadro dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia²⁵⁴.

Nella seconda metà dello scorso decennio si è poi assistito ad una "terza ondata", sviluppatasi in risposta a tre *input* principali: la necessità di stare al passo con gli eventi susseguitisi in ambito internazionale, quella di modificare la forma giuridica degli atti adottati pre-Amsterdam e, non da

proseguire sulla strada intrapresa in modo proficuo (data la resistenza dei diversi sistemi giuridici nazionali all'armonizzazione), nonché nella convinzione che il nuovo paradigma non avrebbe comportato modifiche importanti per le norme nazionali di diritto penale sostanziale. Allo stesso tempo, però, il mutuo riconoscimento era stato accolto con favore dai fautori dell'integrazione, che vedevano in esso lo strumento attraverso il quale avanzare anche in quegli ambiti caratterizzati da forti resistenze da parte degli Stati.

²⁴⁸ Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, adottato in data 24 novembre 2000, GU C 12 del 15.1.2001

²⁴⁹ Decisione 2002/187/GAI del Consiglio, del 28 febbraio 2002, che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, GU L63 del 06.03.2002

²⁵⁰ Tale Agenzia ha visto poi recentemente rafforzati i suoi poteri, tramite la Decisione 2009/426/GAI del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativa al rafforzamento dell'Eurojust e che modifica la decisione 2002/187/GAI che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, GU L138 del 04.06.2009; su tale argomento si veda più diffusamente F. SPIEZIA, "Il coordinamento giudiziario nell'Unione europea: il rafforzamento dei poteri di Eurojust", in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Roma, Giuffrè, n°3, 2010, pp. 661-679

²⁵¹ Tanto di armonizzazione, quanto di mutuo riconoscimento

²⁵² Decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, GU L82 del 22.03.2001

²⁵³ Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, GU L 190 del 18.07.2002

²⁵⁴ Si veda sul punto S. MANACORDA, "Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, sécurité et justice de l'Union Européenne: un développement inégal", in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, n° 4, 2006, pp. 881-894

ultimo quella, di stampo costituzionale, di prendere in considerazione le conseguenze degli sviluppi giurisprudenziali²⁵⁵. In riferimento alla cooperazione giudiziaria in ambito penale le norme così adottate si sono però generalmente rivelate poco ambiziose. E' infatti emerso in modo chiaro come la fiducia reciproca tra ordinamenti giuridici, assunto su cui si basa il principio del mutuo riconoscimento, fosse stata data erroneamente per scontata²⁵⁶.

Alla base della mancanza di fiducia ci sono sicuramente le differenze attinenti alle diverse definizioni di reati e pene presenti nei diversi ordinamenti, elemento che ha reso evidente come l'iniziale intento degli Stati di utilizzare il principio in esame per evitare l'armonizzazione non abbia fondamento. Come emergerà dall'analisi successiva, è infatti evidente come le misure di mutuo riconoscimento generino esse stesse la necessità dell'adozione di norme volte all'armonizzazione –o almeno al ravvicinamento- delle legislazioni nazionali.

Ancor di più ed ancor prima, però, pesa sulla fiducia reciproca il livello di garanzie procedurali e diritti sostanziali che le diverse tradizioni giuridiche hanno attribuito ai singoli oggetto della repressione, come anche alle vittime ed a tutti individui che possono essere chiamati in causa in relazione al perseguimento della lotta al crimine. Tali garanzie sono infatti alla base, in ambito penale, di un altro rapporto di fiducia, quello tra i cittadini ed il proprio Stato di appartenenza.

Emblematico è in questo senso il rinvio effettuato dalla Cour d'Arbitrage belga alla Corte di giustizia, con la quale è stato messo in dubbio il rispetto, da parte del mandato d'arresto europeo, dei principi di legalità e non discriminazione²⁵⁷. Mutuo riconoscimento e armonizzazione (o, per lo meno, ravvicinamento delle legislazioni) sono quindi modalità complementari, tanto che non sempre è facile distinguere la categoria di appartenenza delle singole misure, che spesso vedono la compresenza dei due aspetti.

²⁵⁵ Notoriamente con riferimento alle sentenze della Corte in merito all'efficacia delle decisioni quadro nel diritto interno degli Stati membri ed alla competenza attribuita all'allora Comunità di armonizzare il diritto penale quando necessario ai fini stabiliti per il pilastro comunitario

²⁵⁶ Tale aspetto era però già emerso in precedenza, tanto che nel 2005 la Commissione aveva fatto seguire, alla prima adottata nel 2000, una seconda comunicazione sul riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie, intitolandola però, significativamente, anche al rafforzamento della fiducia reciproca tra Stati membri. Rispettivamente Comunicazione COM(2000) 495 def. della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale, del 26.7.2000; Comunicazione COM(2005) 195 def al Consiglio e al Parlamento europeo, sul reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra Stati membri, del 19.5.2005

²⁵⁷ CGUE, 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW*, in Racc. 2007, p. I-3633 e segg.; la letteratura in materia è molto ricca, si vedano, su tutti E. SANFRUTOS CANO, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt "Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad: "Mandat d'arrêt européen" », in *Revue du droit de l'Union européenne*, n° 2, 2007, pp.472-481 ; F. KAUFF-GAZIN, « Validité de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen », *Europe*, n° 181, luglio 2007, pp. 17-18 ; S. MANACORDA, «La deroga alla doppia punibilità nel mandato di arresto europeo e il principio di legalità (note a margine di Corte di giustizia, *Advocaten voor de Wereld*, 3 maggio 2007)», in *Cassazione penale*, 2007, pp. 4346-4363; G. GATTINARA, «Il mandato d'arresto europeo supera l'esame della Corte di giustizia», in *Il diritto dell'Unione europea*, n° 1, 2008, pp.183-199

Data la ricca, benché farraginoso e spesso inadeguata, produzione normativa, le importanti novità introdotte dal Trattato di Lisbona in materia -ed annunciate nell'introduzione alla Parte I- non hanno, per il momento potuto mostrare tutto il loro potenziale. I principali atti in vigore risalgono quindi a momenti precedenti.

La presentazione dei principali strumenti di cooperazione giudiziaria penale a finalità repressiva (tanto di ravvicinamento legislativo quanto di mutuo riconoscimento) verrà condotta al fine di mettere in rilievo gli elementi ad essi interni che pongono in tensione i diritti fondamentali.

La suddivisione del capitolo nelle due sezioni segue una logica che attiene all'oggetto attenzione degli stessi: l'individuo e gli elementi di prova. Questi costituiscono infatti i due tradizionali ambiti di cooperazione transnazionali in materia, e, allo stesso tempo, sollevano necessariamente problemi di tipo differente in relazione ai diritti che dovrebbero rispettare.

Sezione 1. Gli strumenti che influiscono direttamente sulla libertà personale

La materia penale si caratterizza per gli effetti degli strumenti relativi sulla libertà individuale e, conseguentemente, dall'elevato potenziale di tensione nei confronti del rispetto dei diritti fondamentali. Nel momento in cui le misure in tale ambito istituiscono la cooperazione tra diversi ordinamenti, le difficoltà aumentano necessariamente in mancanza di una solida base condivisa di garanzie.

L'Unione ha tentato di agire sia sul piano del diritto sostanziale, introducendo un ravvicinamento delle legislazioni, sia, soprattutto, su quello procedurale tramite lo strumento del mutuo riconoscimento.

Il ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di diritto penale sostanziale rappresenta quindi una fetta delle misure adottate nell'ambito della cooperazione giudiziaria. In particolare durante gli ultimi due decenni sono stati adottati una serie di strumenti volti ad armonizzare un considerevole numero di fattispecie criminose. Nel corso delle tre successive ondate di misure di ex terzo pilastro, alcuni di essi sono stati sostituiti da corrispettivi più moderni e tale trend è continuato in quella che si potrebbe forse chiamare (per comodità e nonostante la scomparsa dei pilastri) la quarta ondata, tuttora in corso e che segue l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Tale opera di

armonizzazione comprende ad oggi: il traffico di stupefacenti²⁵⁸, il traffico di esseri umani²⁵⁹, lo sfruttamento sessuale e la pornografia infantile²⁶⁰, i reati ambientali²⁶¹, il terrorismo²⁶², il razzismo e la xenofobia²⁶³, nonché, di centrale interesse per il presente studio, la criminalità organizzata²⁶⁴. Si procederà all'analisi di quest'ultima in ragione della già richiamata centralità della lotta alla criminalità organizzata, tenendo comunque presente che molti dei reati tipizzati a livello dell'Unione rientrano tra quelli normalmente oggetto e scopo delle organizzazioni criminali.

A ciò si affiancherà la presentazione del principale strumento di cooperazione giudiziaria penale adottato finora, che costituisce anche la prima e più avanzata espressione di mutuo riconoscimento (in ambito di diritto penale procedurale), al punto da esserne considerato l'espressione paradigmatica²⁶⁵: il mandato d'arresto europeo²⁶⁶. Sulla scia del Programma del Consiglio del 2000 per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali²⁶⁷, e della successiva comunicazione della Commissione del 2005²⁶⁸ sono state adottate, su imitazione del mandato d'arresto, una ricca serie di decisioni quadro. Si ritrovano, in ordine temporale, la

²⁵⁸ Decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio, del 25 ottobre 2004, riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, GU L 335 dell'11.11.2004

²⁵⁹ Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, GU L 101 del 15.4.2011; tale direttiva verrà ripresa nell'ambito del prossimo capitolo

²⁶⁰ Direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, GU L 335 del 17.12.2011

²⁶¹ Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente, GU L 328 del 6.12.2008; Direttiva 2009/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 ottobre 2009, che modifica la direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni, GU L 280 del 27.10.2009

²⁶² Decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, che modifica la decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo, GU L 330 del 9.12.2008

²⁶³ Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, GU L 328 del 6.12.2008

²⁶⁴ Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata, GU L 300 dell'11.11.2008; una prima presentazione di tale strumento è già stata effettuata nello scorso capitolo

²⁶⁵ H. SATZGER e F. ZIMMERMANN, "From traditional models of judicial assistance to the principle of mutual recognition: New developments of the actual paradigm of the European cooperation in penal matters", in M. CHERIF BASSIOUNI, V. MILITELLO e H. SATZGER (a cura di), *European cooperation in penal matters: issues and perspectives*, Padova, CEDAM, 2008, p. 343

²⁶⁶ Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, GU L 190 del 18.07.2002

²⁶⁷ Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, adottato il 29 novembre 2000, GU L 12 del 15.1.2001; questo è seguito alla Comunicazione della Commissione COM(2000) 495 def al Consiglio e al Parlamento europeo sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale, del 26.7.2000, la quale, a sua volta riprendeva le Conclusioni della Presidenza al Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999.

²⁶⁸ Commissione, Comunicazione COM(2005) 195 def al Consiglio e al Parlamento europeo sul reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra Stati membri, del 19.5.2005

decisione quadro sul mutuo riconoscimento delle sanzioni pecuniarie²⁶⁹, delle decisioni di confisca²⁷⁰ e delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale²⁷¹; sono seguite la decisione quadro relativa al mutuo riconoscimento delle sentenze e decisioni di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive²⁷² e delle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare²⁷³.

La scelta di concentrarsi sull'analisi del mandato d'arresto è legata tanto all'importanza della misura, quanto, *in primis*, al fatto che, più e prima di tutte, essa ha sollevato problemi dal punto di vista della salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali. A questo proposito, determinante per l'individuazione dei limiti dello strumento nei confronti della salvaguardia di singoli diritti fondamentali è stato, ed è tuttora, l'apporto della Corte di giustizia, a cui verrà dedicata la seconda metà della sezione.

1. Le novità introdotte dalle decisioni quadro e l'attenzione posta a diritti e libertà fondamentali nei testi delle stesse

Le due decisioni quadro che verranno presentate occupano una posizione centrale nella lotta alla criminalità, ed in particolare a quella organizzata, ma le difficoltà di trovare accordi tra Stati membri e, contemporaneamente, la necessità di adottare misure efficacemente repressive hanno condotto a testi che si rivelano spesso carenti sotto il profilo della salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali.

²⁶⁹ Decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, GU L 76 del 22.3.2005

²⁷⁰ Decisione quadro 2006/783/GAI del Consiglio, del 6 ottobre 2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, GU L 328 del 24.11.2006

²⁷¹ Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, GU 327 del 5.12.2008

²⁷² Decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza, delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive, GU L 337 del 16.12.2008

²⁷³ Decisione quadro 2009/829/GAI del Consiglio del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare, GU L 294 dell'11.11.2009. A queste si aggiungono poi la decisione quadro relativa alla considerazione di precedenti decisioni di condanna in occasione di un nuovo procedimento penale (decisione quadro 2008/675/GAI) e quella sulla risoluzione dei conflitti di giurisdizione (decisione quadro 2009/948/GAI), la cui importanza, insita nella cooperazione, per lo spazio europeo di giustizia era già emersa in occasione dell'applicazione del mandato d'arresto europeo, ed è stata confermata dai successivi strumenti di cooperazione

La decisione quadro relativa alla lotta contro la criminalità organizzata²⁷⁴ rappresenta il terzo strumento internazionale in materia²⁷⁵ e va a sostituire la precedente azione comune relativa alla punibilità della partecipazione ad un'organizzazione criminale negli Stati membri dell'Unione, adottata nel 1998²⁷⁶. La ragione della genesi del nuovo strumento si trova, oltre che nella sostituzione della forma, desueta, dell'azione comune, anche nella necessità di aggiornare il contenuto dello stesso in vista di quanto stabilito nella Convenzione di Palermo sulla criminalità organizzata transnazionale sottoscritta in sede ONU²⁷⁷, alla stesura della quale l'Unione aveva significativamente contribuito²⁷⁸. L'esperienza accumulata in relazione all'azione comune ed alla Convenzione ONU ed alle loro debolezze non è però servita a superare la maggior parte delle criticità che le caratterizzavano, a partire dalla vaghezza delle disposizioni. Tale aspetto è intuitivamente problematico nel momento dell'attuazione in Stati differenti e costituisce un potenziale rischio per il rispetto di uno standard uniforme dei diritti fondamentali.

Il mandato d'arresto europeo costituisce invece il primo e più utilizzato strumento di cooperazione giudiziaria penale²⁷⁹. Esso ha sostituito le disposizioni che precedentemente regolavano la procedura d'estradizione tra Stati membri – prima fra tutte la Convenzione di estradizione del 1957 elaborata in sede di Consiglio d'Europa²⁸⁰ - rendendo più agile il sistema di consegna di persone condannate o, in quanto accusate di un reato, ricercate ai fini dell'esercizio di un'azione penale e dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà²⁸¹. Lo stesso ha quindi accorpato le due fasi tipiche della tradizionale procedura di estradizione: il mandato di arresto preventivo e la richiesta di estradizione vera e propria.

Esso costituisce quindi con tutta evidenza una misura altamente intrusiva per la sfera dei diritti del singolo, in quanto suscettibile ed anzi preposto a limitarne la libertà stessa tramite il fermo e la

²⁷⁴ Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata, GU L 300 dell'11.11.2008

²⁷⁵ Come anticipato nel primo capitolo, sezione 2 paragrafo 1.2., si veda la nota 183

²⁷⁶ Azione comune 98/733/GAI del Consiglio del 21 dicembre 1998 relativa alla punibilità della partecipazione a un'organizzazione criminale negli Stati membri dell'Unione europea, GU L 351 del 29.12.1998

²⁷⁷ Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, Palermo, 2000

²⁷⁸ V. MITSILEGAS, *The Council Framework Decision on the fight against Organised Crime: what can be done to strengthen EU legislation in the field?*, op. cit., p. 14

²⁷⁹ Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, GU L 190 del 18.07.2002. La letteratura sul mandato di arresto europeo è molto ricca, per uno studio approfondito delle disposizioni della decisione quadro, si vedano, su tutti, G. LUZZOLINO, G. DE AMICIS, *Guida al mandato di arresto europeo*, Milano, Giuffrè, 2008; M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO, D. MANZIONE, E. MARZADURI (a cura di), *Il mandato di arresto europeo commento alla l. 22 aprile 2005, n. 69*, Torino, UTET, 2006; R. BLEKXTOON e W. VAN BALLEGOIJ, *Handbook on the European Arrest Warrant*, l'Aia, T.M.C Asser Press, 2004; M. Pedrazzi (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, Giuffrè, 2004; L. SALAZAR, "Il mandato d'arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle decisioni penali" in *Diritto penale e processo*, IPSOA, n° 8, 2002

²⁸⁰ E relativi Protocolli, adottati rispettivamente nel 1975 e 1978, nonché le Convenzioni in materia adottate in ambito UE nel 1995 e 1996, e le misure rilevanti contenute nel titolo III della CAAS

²⁸¹ Considerando n° 5 della decisione quadro

consegna all'autorità giudiziaria di un altro paese. L'extradizione è da sempre uno degli istituti più delicati del diritto internazionale e le novità introdotte dal mandato d'arresto europeo hanno sicuramente determinato l'emersione di nuove tensioni tra efficacia della norma repressiva e salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali. Ciò tanto in riferimento alla lettera dello stesso, quanto alle leggi di attuazione adottate²⁸² nei differenti Stati membri. Tale aspetto è infatti alla base di gran parte delle difficoltà incontrate da diversi Stati membri nel recepimento dello strumento. Il mandato d'arresto mette infatti a nudo alcune delle discrasie che caratterizzano la costruzione attuale dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia ed il bilanciamento tra le sue tre componenti²⁸³.

1.1. La decisione quadro sulla criminalità organizzata: un'occasione mancata?

Nel testo della decisione quadro sulla criminalità organizzata è stata privilegiata la coerenza con l'impianto delle misure che l'hanno preceduta²⁸⁴. Ciò in particolare con riferimento, come già individuato in dottrina²⁸⁵, ai due principali nodi critici della decisione quadro, ai quali si assommano alcune mancanze rilevanti.

Il primo concerne la definizione di "organizzazione criminale" proposta, sulla scorta di quella identificata dalla Convenzione ONU, all'art. 1 e che individua come tale "un'associazione strutturata di più di due persone, stabilita da tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà non inferiore a quattro anni o con una pena più grave per ricavarne, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale". A questa segue, quasi in contraddizione con quanto enunciato²⁸⁶, la definizione di associazione strutturata, che viene intesa come "un'associazione che non si è costituita fortuitamente per la commissione estemporanea di un reato e che non deve necessariamente prevedere ruoli formalmente definiti per i

²⁸² Come si è già visto, con non poche difficoltà

²⁸³ Sull'argomento si veda, diffusamente ed in particolare M. FICHERA, *The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: law, policy and practice*, op. cit., pp. 175-214, ma anche, più in generale, sul disequilibrio, S. DE BLOLLEY, "Liberté et sécurité dans la construction de l'espace européen de justice pénale: cristallisation de la tension sous présidence belge", in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERG (a cura di), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, 2002, pp. 169-198, e ancora E. GUILD and F. GEYER, *Security versus justice? Police and judicial cooperation in the European Union*, Cornwall, TJ International Ltd, 2008

²⁸⁴ F. CALDERONI, "La decisione quadro dell'Unione Europea sul contrasto alla criminalità organizzata e il suo impatto sulla legislazione degli Stati membri", in S. ALFANO e A. VERRICA, *Per un contrasto europeo al crimine organizzato e alle mafie*, Milano, Franco Angeli editore, 2012, p. 20

²⁸⁵ *Ibidem*, pp. 21-25 e V. MITSILEGAS, *The Council Framework Decision on the fight against Organised Crime: what can be done to strengthen EU legislation in the field?*, op. cit., pp. 11-13. In realtà Calderoni ne identifica una terza, ma, come verrà spiegato nel prosieguo, non ci si sente di condividere pienamente il parere da questi espresso

²⁸⁶ V. MITSILEGAS, *The Council Framework Decision on the fight against Organised Crime: what can be done to strengthen EU legislation in the field?*, op. cit., p. 14-15

suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata”. Risulta subito evidente come tale secondo concetto sia espresso tramite una definizione negativa, che risulta quindi molto ampia, e come il legislatore europeo abbia di fatto ampliato la portata di quanto sembrava aver delimitato con la prima definizione. Ciò è sicuramente vero tanto in riferimento all’accezione fornita all’aggettivo “strutturata” -nel senso che gli elementi che costituiscono positivamente la struttura sono praticamente assenti-, quanto al periodo di tempo identificato per far rientrare i casi concreti nella fattispecie criminalizzata in esame. Anche senza voler adottare la definizione, decisamente più precisa e restrittiva, presente nella proposta della Commissione²⁸⁷, il Parlamento europeo aveva indicato, nel suo parere alla proposta di decisione quadro²⁸⁸, una formulazione che, qualora adottata, avrebbe mitigato la vaghezza e ristretto parzialmente l’ampiezza del campo di applicazione dei due aspetti sopra considerati. La formulazione definitiva risponde certamente alla necessità di tener conto delle differenze, anche significative, che intercorrono tra le diverse organizzazioni criminali presenti sul territorio dell’Unione, ma si rileva come uno sforzo nel senso di una maggiore delimitazione del campo sarebbe stato e sarebbe comunque necessario per distinguere la fattispecie in esame dalla criminalità comune (a tal fine in dottrina è stata avanzata l’idea di prendere in considerazione la durata potenziale dell’associazione e “l’idoneità a continuare le sue attività criminali per un periodo significativo o indeterminato”²⁸⁹). A ciò va aggiunta la considerazione che la definizione di organizzazione criminale manca di qualunque indicazioni circa quegli elementi che ne caratterizzano il modo di agire, quali, ad esempio, l’intimidazione, la violenza e la minaccia²⁹⁰. Il secondo aspetto di criticità della decisione quadro, che contribuisce sensibilmente a diluirne la portata armonizzatrice e ne riconferma la vaghezza ed ampia applicabilità, è costituito dalla doppia via alla criminalizzazione²⁹¹. Questa ricalca le due condotte alle quali, rispettivamente nelle tradizioni di civil law (l’associazione criminale) e common law (la *conspiracy*), corrisponde il reato associativo, ed il dualismo si riflette anche nelle sanzioni previste²⁹². Tale scelta, che riprende la formulazione dei due precedenti strumenti internazionali, ha completamente capovolto l’approccio adottato dalla Commissione, che nella sua proposta²⁹³ aveva invece previsto la scomparsa

²⁸⁷ Commissione europea, Proposta di decisione quadro del Consiglio, COM(2005) 6 definitivo, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata del 19.1.2005, art. 1

²⁸⁸ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di decisione quadro del Consiglio relativa alla lotta contro la criminalità organizzata, P6_TA(2005)0405, GU C 272 E del 9.11.2006

²⁸⁹ F. CALDERONI, “La decisione quadro dell’Unione Europea sul contrasto alla criminalità organizzata e il suo impatto sulla legislazione degli Stati membri”, *op. cit.*, p. 21

²⁹⁰ *Ibidem*

²⁹¹ Art. 2 della decisione quadro 2008/841/GAI

²⁹² Art. 3 della decisione quadro 2008/841/GAI

²⁹³ Commissione europea, Proposta di decisione quadro, COM(2005) 6 def., art. 2 Esso aveva inoltre disposto un’incriminazione particolare per l’individuo che dirigesse l’organizzazione criminale, aspetto che non è presente nell’atto definitivo

dell'opzione *conspiracy*. E' chiaro che la disposizione in esame è il frutto di un compromesso politico, ed è quindi possibile che la posizione espressa costituisse un punto insuperabile per il raggiungimento dell'unanimità, ma rimane il fatto che il risultato non contribuisce all'opera di armonizzazione né di ravvicinamento delle legislazioni, limitandosi a riproporre lo *status quo*.

Entrambi questi aspetti sollevano grosse perplessità in merito al rispetto del principio di legalità in materia penale. Questo, che si sostanzia nel diritto della persona a conoscere in anticipo i comportamenti che possono condurre ad una sua condanna e la pena che verrebbe nel caso comminata²⁹⁴, è ricompreso tra i principi comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, nonché enunciato all'art. 7 della CEDU ed all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Nel caso della decisione quadro analizzata, l'indeterminatezza che caratterizza la nozione di organizzazione criminale, unita al mantenimento della doppia via alla criminalizzazione, rende difficile determinare i confini del tipo di azione criminale in esame. Tale aspetto risulta poi ancora più grave in virtù del fatto che la partecipazione ad un'organizzazione criminale rappresenta il primo tra i reati per i quali è stato abolito il controllo della doppia incriminazione nell'ambito degli strumenti europei di mutuo riconoscimento.

Una parte della dottrina²⁹⁵ ha poi identificato un terzo punto critico nel metodo di selezione dei reati scopo dell'attività delle organizzazioni criminali. Il parametro per l'individuazione di tali reati è infatti la durata della pena che essi determinano, la quale deve essere, nel suo massimo, pari ad almeno quattro anni. La critica sorge dal fatto che, a differenza dell'ipotesi di una lista di reati definita, in questo modo viene lasciata ancora una volta ampia discrezionalità agli Stati²⁹⁶. E' stato infatti sostenuto che questi possono, spostando il valore del limite massimo della pena, decidere di fatto l'inclusione o meno di alcune fattispecie nella categoria interessata. Se è vero che da un lato questo sicuramente non contribuisce all'uniformizzazione, dall'altro è stato sottolineato come, in ragione del carattere composito e velocemente mutevole delle attività intraprese dalle organizzazioni criminali, una lista di reati (benché modificabile) si sarebbe probabilmente rivelata rapidamente superata e troppo rigida. In ragione degli sviluppi conosciuti del fenomeno della criminalità organizzata negli ultimi anni e della compenetrazione crescente tra questa e l'economia legale, ci si sente di condividere questa seconda posizione, e quindi la scelta operata dal legislatore. L'esecuzione differenziata a livello nazionale che deriva dai tre punti messi in evidenza può condurre alla lesione di un secondo principio al quale si lega un diritto fondamentale, quello alla

²⁹⁴ Identificato anche dalla formula latina «nullum crimen, nulla poena sine legem»

²⁹⁵ F. CALDERONI, "La decisione quadro dell'Unione Europea sul contrasto alla criminalità organizzata e il suo impatto sulla legislazione degli Stati membri", *op. cit.*, p. 22-23

²⁹⁶ Per un approfondito studio comparato sull'implementazione della decisione quadro negli Stati membri si veda F. CALDERONI, *Organized crime legislation in the European Union: harmonization and approximation of criminal law, national legislations and the EU Framework Decision on the Fight Against Organized Crime*, Berlin, Springer, 2010

non discriminazione sulla base della nazionalità. La situazione descritta può infatti determinare il fatto che sotto la stessa etichetta di reato vengano riunite situazioni molto diverse a seconda dello Stato in cui il crimine viene commesso. È noto come il principio in esame, con particolare riferimento all'accezione della non discriminazione sulla base della nazionalità²⁹⁷, sia costitutivo dell'Unione, che ne ha fatto uno dei suoi capisaldi ed un diritto salvaguardato con particolare attenzione. Esso è presente in molti punti del Trattato e viene ripreso all'art. 21 della Carta, immediatamente preceduto dal principio che stabilisce l'uguaglianza di tutte le persone davanti alla legge²⁹⁸.

A ciò si lega un altro grande pericolo per i diritti e le libertà degli individui, che si esplica nel rischio di una sovracriminalizzazione. La definizione lasca dei confini del reato di partecipazione ad un'organizzazione criminale, che di fatto si somma, in un qualche modo, al/ai "reato/i scopo" dell'organizzazione stessa, permette infatti agli Stati di operare una stretta repressiva anche nei confronti di quei crimini che non dovrebbero essere qualificati all'interno del quadro legislativo individuato; in tale situazione verrebbe a profilarsi anche una lesione del principio di proporzionalità della norma penale²⁹⁹.

Prendendo in considerazione gli elementi sopra evidenziati, ed in particolare la doppia via alla criminalizzazione, si comprende facilmente la dichiarazione della Commissione annessa all'atto di adozione - alla quale si sono unite Italia e Francia -, nella quale è stato espresso disappunto circa il testo adottato. Nella dichiarazione si denuncia il fatto che la decisione quadro non raggiunge l'obiettivo di approssimazione delle legislazioni in materia, come invece indicato nel programma dell'Aia. Inoltre -si sostiene nella dichiarazione- la lettera del testo mette in condizione gli Stati membri di non introdurre il concetto di organizzazione criminale, "but to continue to apply existing national criminal law by having recourse to general rules on participation in and preparation of specific offences"³⁰⁰. A conferma di ciò, la letteratura ha rilevato come molti Stati non abbiano dovuto modificare la propria legislazione vigente per conformarsi alle disposizioni della decisione quadro³⁰¹.

A tali aspetti di tensione tra la decisione quadro ed i diritti e le libertà fondamentali si può infine aggiungere l'assenza, nella decisione quadro, di disposizioni circa la protezione di testimoni o un

²⁹⁷ Art. 18 TFUE

²⁹⁸ Art. 20 della Carta

²⁹⁹ Tale aspetto di criticità era stato già ampiamente sottolineato in merito all'azione comune del 1998 che la decisione quadro ha sostituito, si veda V. MITSILEGAS, "Defining organised crime in the European Union: the limits of European criminal law in an Area of Freedom, Security and Justice", in *European Law Review*, vol.26, 2001, pp.565-581

³⁰⁰ Consiglio dell'Unione europea, Proposal for a Council Framework Decision on the fight against organised crime, Council document 9067/06, Bruxelles, del 10 Maggio 2006

³⁰¹ F. CALDERONI, "La decisione quadro dell'Unione Europea sul contrasto alla criminalità organizzata e il suo impatto sulla legislazione degli Stati membri", *op. cit.*, p.24-25

qualunque riferimento a quello che in Italia viene definito collaboratore di giustizia. Dato il campo di analisi, si tratta di una mancanza di notevole rilevanza, in quanto la lotta alla criminalità organizzata ha dimostrato sul campo l'importanza di tali figure e la necessità di approntare meccanismi per proteggerle³⁰². A tal proposito va evidenziato che, come già verificatosi in riferimento ad altri punti deboli della misura in esame, il Parlamento aveva proposto l'introduzione di una disposizione volta alla protezione dei testimoni³⁰³, che il Consiglio ha però ritenuto di ignorare. A questo proposito l'apporto dell'Italia avrebbe potuto essere più incisivo nel contribuire alla stesura di uno strumento più efficace e completo che quindi prevedesse anche misure di protezione per le persone coinvolte. Si sarebbe trattato, in questo caso, di una disposizione di carattere procedurale, per la quale il Trattato di Lisbona ha introdotto un'esplicita base giuridica³⁰⁴; tale aspetto di novità, unito al fatto che gli atti vengono ora adottati anche in questo ambito secondo la procedura legislativa ordinaria³⁰⁵, ha aperto la strada all'opportunità di porre rimedio alla mancanza rilevata tramite l'adozione di uno strumento *ad hoc*³⁰⁶.

A margine di tale analisi non va comunque dimenticato che lo strumento non è privo di elementi di pregio³⁰⁷: la prima è sicuramente la responsabilità delle persone giuridiche, e relative pene³⁰⁸. Tale aspetto è particolarmente rilevante in questo ambito in quanto sempre più società costituite a vario titolo, e spesso con una facciata di "legalità", vengono utilizzate per coprire attività illecite gestite da associazioni criminali. Un'altra innovazione è rappresentata dalla fissazione di una base minima per le sanzioni previste per il reato di partecipazione ad un'organizzazione criminale o di *conspiracy*³⁰⁹.

Vi è poi quella che si potrebbe definire un'innovazione mancata: all'art. 3.2 si legge infatti che il fatto che i reati suscettibili di essere ricompresi tra i reati scopo di un'organizzazione criminale siano effettivamente commessi nel quadro di un'organizzazione criminale deve poter essere considerato una circostanza aggravante. Un'interpretazione letterale di tale disposizione esprimerebbe un concetto tautologico, mentre la formulazione presente nella proposta della Commissione prevedeva che il fatto che il reato fosse stato commesso nel quadro di un'organizzazione criminale doveva costituire una circostanza aggravante per la determinazione

³⁰² Paradigmatica è l'esperienza italiana

³⁰³ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di decisione quadro del Consiglio relativa alla lotta contro la criminalità organizzata, P6_TA(2005)0405, GU C 272 E del 9.11.2006

³⁰⁴ Art. 82.2 TFUE, già presentato nell'introduzione al presente capitolo

³⁰⁵ Anche se rimane, in questo ambito, la possibilità per ogni singolo Stato di ricorrere al cosiddetto "freno di emergenza"

³⁰⁶ Tale aspetto verrà affrontato nel prossimo capitolo

³⁰⁷ Si veda sul punto F. CALDERONI, *Organized crime legislation in the European Union*, *op. cit.*, p. 38-41

³⁰⁸ Artt. 5-6 della decisione quadro 2008/841/GAI

³⁰⁹ Art. 3 par. 1 della decisione quadro 2008/841/GAI

della pena prevista per quel particolare reato³¹⁰. Invece è stato lasciato agli Stati un ampio margine di discrezionalità circa l'interpretazione della norma in esame, margine che, ancora un volta, pare risultare decisamente eccessivo. Con riferimento all'istituto della circostanza aggravante, il Parlamento aveva poi proposto, invano, un'innovazione di rilievo, che prevedeva che essa venisse attribuita alla partecipazione ad un'organizzazione criminale in tre casi: quando lo scopo dell'organizzazione fosse stato il terrorismo, quando l'organizzazione avesse avuto tra le sue attività la tratta di esseri umani e quando l'organizzazione avesse presentato le caratteristiche dell'organizzazione di stampo mafioso³¹¹. Quest'ultima opzione è particolarmente interessante in quanto si avvicina all'ordinamento italiano, che, in ragione della storia che lo contraddistingue, è, da questo punto di vista, all'avanguardia³¹². Un'ulteriore alternativa, che in realtà potrebbe sommarsi ad una qualsiasi delle scelte precedenti e che parrebbe di facile realizzazione, sarebbe quella di indicare che almeno per i reati già oggetto di armonizzazione a livello dell'Unione, il fatto che essi vengano commessi nel quadro di un'organizzazione criminale costituisce un'aggravante. Tali reati, precedentemente elencati, sono infatti intuibilmente tra i più gravi a giudizio di tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, e non dovrebbero esservi resistenze.

Infine, la decisione quadro ha introdotto regole per la risoluzione di conflitti di attribuzione³¹³, con lo scopo, quando possibile, di concentrare i procedimenti penali di tutti gli imputati accusati per lo stesso reato in un unico Stato membro. Le disposizioni relative hanno, in questo caso, effettivamente migliorato³¹⁴ il sistema di cooperazione e coordinamento individuato dalla Convenzione di Palermo rendendolo più fluido e contribuendo ad allontanare il rischio della violazione del principio del *ne bis in idem*.

L'analisi condotta mostra come la decisione quadro non si sia allontanata dai tratti di vaghezza ed indeterminatezza che avevano caratterizzato l'azione comune e la Convenzione di Palermo, anche se alcune novità sono state introdotte in disposizioni riguardanti aspetti particolari. Benché la staticità delle scelte operate sia stata determinata dalla necessità di giungere ad un accordo unanime, il risultato appare comunque abbastanza deludente e, permettendo implementazioni molto differenti,

³¹⁰ Commissione europea, Proposta di decisione quadro COM(2005) 6 def., artt. 5-6

³¹¹ "cioè si avvale della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali", Risoluzione legislativa del Parlamento europeo, P6_TA(2005)0405, GU C 272 E del 9.11.2006

³¹² Può quindi stupire in positivo la scoperta che tale emendamento fosse stato presentato già nella prima proposta di risoluzione, che venne presentata alla Commissione LIBE, incaricata del dossier, da un relatore inglese, il parlamentare europeo Bill Newton Dunn

³¹³ Art. 7 della decisione quadro 2008/841/GAI

³¹⁴ F. CALDERONI, *Organized crime legislation in the European Union, op. cit.*, p. 40-41

di fatto vanifica il suo stesso scopo³¹⁵. Tali aspetti sono tanto più criticabili in ragione del fatto che sia la proposta della Commissione che il contributo del Parlamento erano stati sotto questo aspetto innovativi ed adeguati.

1.2. La decisione quadro sul mandato d'arresto europeo: la difficoltà dell'applicazione del principio del mutuo riconoscimento in un panorama di scarsa fiducia reciproca tra Stati membri

L'adozione della decisione quadro è avvenuta nel 2002, al termine di un iter legislativo conclusosi in tempi brevissimi in seguito agli attentati terroristici del settembre 2001 ed all'attenzione che essi avevano catalizzato sul problema sicurezza³¹⁶. L'urgenza di adottare uno strumento che rendesse agile l'estradizione, balzata in cima alle priorità³¹⁷ al Consiglio europeo del 21 settembre 2001³¹⁸, aveva infatti reso possibile, in seno al Consiglio, il raggiungimento di un rapido accordo politico su di un testo comune³¹⁹.

1.2.1. I principali elementi di novità

Il mandato d'arresto ha innegabilmente introdotto novità importanti, senza però tener conto delle ricadute delle stesse su alcuni diritti fondamentali, e determinando quindi l'insorgere di tensioni e potenziali violazioni.

La seconda grande novità –dopo la semplificazione della procedura di richiesta e di consegna, grazie all'eliminazione della discrezionalità politica, all'introduzione di un formulario standard per la richiesta ed alla riduzione dei tempi- è la soppressione della verifica della doppia incriminazione

³¹⁵ Oltre a mettere a rischio, in conseguenza di ciò, principi quali la legalità in ambito penale, ed a prefigurare la possibilità di una sovra criminalizzazione; tali aspetti verranno analizzati nel prosieguo

³¹⁶ Sui rischi collegati all'esaltazione della sicurezza anche in seguito alla diffusione del terrorismo si veda Delmas-Marty M., *Liberté et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, Editions du Seuil, 2010

³¹⁷ Nel Programma per l'attuazione del reciproco riconoscimento del 2000, esso non era stato identificato come priorità assoluta, come dimostra il fatto che occupasse il secondo posto nella lista delle misure da adottare; inoltre veniva qui identificato unicamente con riferimento alla ristretta lista di reati gravi individuati dall'art. 29 TUE pre-Lisbona

³¹⁸ L'introduzione di una procedura semplificata per l'estradizione ed una comune definizione di terrorismo furono individuati come elementi chiave del piano d'azione contro il terrorismo, si veda per una ricostruzione storica più particolareggiata M. FICHERA, *The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: law, policy and practice*, op. cit., pp. 70-77

³¹⁹ la proposta della Commissione era stata presentata il 19 settembre (la presentazione della proposta era già in programma) ed il Consiglio raggiunse l'accordo politico prima della fine dell'anno nonostante l'iniziale opposizione sollevata dal governo italiano; si veda European Report, *Justice and home affairs: Italy blocks Deal on EU Arrest Warrant*, 8 dicembre 2001 e BBC News, *Italy U-turn on Arrest Warrant*, 11 dicembre 2001, accessibile all'indirizzo: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/1704168.stm>

per una serie di 32 categorie di reati. Questi sono stati individuati dal Consiglio in base alla loro natura particolarmente grave ed elencati all'art. 2 par. 2., che rimanda alle leggi nazionali per la loro definizione, ponendo la sola condizione che sia prevista per essi un massimo della pena (o di una misura privativa della libertà) pari o superiore a tre anni. Primo tra essi figura il reato di partecipazione ad un'organizzazione criminale. Ciò, unitamente al fatto che la lista dei reati per i quali è esclusa la verifica della doppia incriminazione può essere estesa con una decisione del Consiglio, rappresenta uno degli aspetti che ha creato maggiori problemi in sede di recepimento.

La validità dello strumento è infatti stata contestata sulla base di tale disposizione in occasione del noto rinvio pregiudiziale *Advocaten voor de Wereld VZW*³²⁰, in riferimento tanto alla scelta della base giuridica³²¹, quanto alla salvaguardia dei diritti fondamentali.

L'associazione *Advocaten voor de Wereld* sosteneva infatti *in primis* che la materia in esame avrebbe dovuto essere disciplinata tramite convenzione, la quale, però, secondo il Trattato allora in vigore, abbisognava della ratifica di almeno metà degli Stati membri per poter entrare in vigore. E' facilmente identificabile nella *ratio* sottesa a tale posizione il desiderio del mantenimento di un maggior controllo a livello statale, che invece si riduce con lo strumento della decisione quadro³²². Inoltre veniva contestata la violazione del principio di legalità in materia penale e di quello di non discriminazione, sulla base del fatto che ogni Stato era di fatto libero di scegliere quali reati includere nella lista³²³. La Corte di giustizia ha sì respinto gli addebiti, ma il ricorso è emblematico della mancanza di una reale fiducia reciproca tra i diversi ordinamenti, fattore che ha sicuramente contribuito a frenare il processo stesso di sviluppo di una migliore cooperazione basata sul mutuo riconoscimento.

³²⁰ CGUE, 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW*, in Racc. 2007, p. I-3633 e segg.; per un commento alla sentenza, G. GATTINARA, "Il mandato d'arresto europeo supera l'esame della Corte di giustizia", in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Roma, Giuffrè, n° 1, 2008, pp. 183-199 e F. GEYER, "European Arrest Warrant: *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad*", in *European Constitutional Law Review*, vol. 4, 2008, pp. 149-161

³²¹ art. 34, par. 2, lett. b TUE pre-Lisbona. Si veda sul punto V. BAZZOCCHI, "Il mandato d'arresto europeo e le Corti supreme nazionali", in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Roma, Giuffrè, n° 3, 2007, pp. 674-675 e G. GATTINARA, *op. cit.*, pp. 185-189

³²² Tale aspetto era passato in secondo piano davanti all'onda emotiva suscitata dagli attentati terroristici che avevano determinato la rapida adozione del mandato d'arresto. La rapidità del processo di adozione aveva suscitato inoltre critiche circa la mancanza di un carattere realmente democratico in ragione della partecipazione solo consultiva del Parlamento; si veda in questo senso, N. KEIJZER, "The European Arrest Warrant Framework Decision between Past and Future", in E. GUILD (a cura di), *Constitutional challenges to the European Arrest Warrant*, Nimègue, Wolf Legal Publishers, 2006. A tale posizione della dottrina, se ne affianca però un'altra, che, facendo prevalere le ragioni della cooperazione, si domanda se, nell'Unione a ventisette (oggi ventotto), la velocità e la "sorpresa" non rappresentino l'unica soluzione per giungere a risultati significativi. Tale posizione si ritrova in E. BARBE, "Le mandat d'arrêt européen: en tirera-t-on des conséquences?", in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERG (a cura di), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Bruxelles, 2002, p. 114. Anche questa seconda posizione è condivisibile, a patto che la salvaguardia dei diritti e delle libertà individuali e quindi la creazione di uno "spazio di libertà" rimanga chiaro e sempre presente sullo sfondo quale obiettivo della cooperazione. La giusta critica alla rapidità del processo di adozione della decisione quadro in esame deriva quindi dalla mancanza di garanzie sufficienti in merito poste a livello dell'Unione

³²³ Su tali aspetti si tornerà in modo più approfondito nella seconda parte della sezione

Forse, ancora più destabilizzante per i legislatori nazionali chiamati ad attuare la decisione quadro, è stata però la necessaria eccezione al divieto, spesso stabilito dalle diverse Costituzioni nazionali, di consegna dei propri cittadini³²⁴. Il superamento di tale tradizionale motivo di rifiuto all'extradizione si inserisce appieno nell'obiettivo della costruzione di un unico spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, implicando di fatto anche un primo timido passo verso il ridimensionamento del vincolo esistente tra cittadino e Stato di appartenenza. La *ratio* della disposizione è quindi facilmente riconducibile allo sviluppo della libertà di circolazione delle persone in tale spazio³²⁵. Siffatta innovazione ha comprensibilmente determinato l'intervento delle Corti supreme dei diversi paesi, che hanno prospettato soluzioni diverse per uscire dall'*impasse*³²⁶.

In relazione a ciò, rilevano le disposizioni che regolano i motivi di non esecuzione del mandato d'arresto. Essi si dividono in obbligatori (art. 3) e facoltativi (art. 4), ed a questi si uniscono, in una serie di situazioni particolari, garanzie che lo Stato emittente deve fornire preventivamente allo Stato di esecuzione al fine di poter richiedere l'esecuzione del mandato (art.5). Diverse parti dei citati articoli sono state fatte oggetto di rinvii alla Corte di giustizia, che è stata chiamata ad esprimersi, in relazione a questi, su delicate questioni attinenti alla salvaguardia di diritti fondamentali. Ciò riguarda in particolare l'art. 4 par. 6 che esprime uno dei motivi di rifiuto facoltativi; si tratta della clausola che permette, nel caso di emissione del mandato d'arresto ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, di non consegnare la persona a due condizioni: che lo Stato di esecuzione si impegni ad eseguire esso stesso (sulla base del suo diritto interno) la misura di condanna e che la persona dimori o risieda sul territorio dello Stato oppure ne sia cittadino. Tale motivo di non esecuzione appare particolarmente delicato e controverso, in quanto rappresenta il retaggio del divieto di consegna dei cittadini nazionali al quale si è fatto riferimento sopra. Conseguentemente, i legislatori nazionali hanno tentato di sfruttare la

³²⁴ Art. 5 par. 3

³²⁵ Si veda sul punto I. VIARENGO, "Mandato d'arresto europeo e tutela dei diritti fondamentali", in M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 141

³²⁶ Il Bundesverfassungsgericht (la Corte costituzionale tedesca) ha annullato la legge d'attuazione tedesca, di fatto accusando il legislatore nazionale di non aver saputo sfruttare appieno le possibilità offerte dalla decisione quadro per rendere la legge d'attuazione conforme alla Legge fondamentale tedesca senza, con ciò, infrangere gli obiettivi della decisione quadro; le Corti supreme polacca e cipriota hanno ritenuto necessaria una modifica delle rispettive costituzioni; la Corte costituzionale ceca ha proposto un'interpretazione della Carta dei diritti ceca che permette di rendere la disposizione in esame applicabile sul suo territorio (una soluzione simile è stata adottata dalla House of Lords che ha interpretato l'Extradition Act del 2003 in modo conforme alla decisione quadro); la Cour d'arbitrage belga ha promosso un rinvio pregiudiziale –suddiviso in due quesiti– alla Corte di giustizia mettendo in dubbio la validità della decisione quadro (la sentenza della Corte di giustizia, che ha confermato la validità dell'atto, sarà oggetto di analisi nel prosieguo della presente ricerca); diverso ancora è il caso italiano, che vede una norma di recepimento in palese contrasto con la decisione quadro, e della quale la Corte costituzionale ha fatto rivelare la parziale erroneità. Per una minuziosa ricostruzione dell'atteggiamento adottato dalle diverse Corti, si vedano V. BAZZOCCHI, "Il mandato d'arresto europeo e le Corti supreme nazionali", *op. cit.*, pp. 667-690; O. POLLICINO, "Incontri e scontri tra ordinamenti e interazioni tra giudici nella nuova stagione del costituzionalismo europeo: la saga del mandato di Arresto europeo come modello di analisi", in *European Journal of Legal Studies*, vol. 2, n° 1, 2008, pp. 220-268

disposizione per reintrodurre il divieto, realizzando spesso norme discriminatorie nei confronti dei non nazionali che –come si vedrà in seguito- hanno determinato l'intervento della Corte di giustizia. Ultima significativa innovazione della decisione quadro è rappresentata dalla mitigazione della regola della specialità -altra tradizionale caratteristica dell'istituto giuridico dell'estradizione- secondo la quale una persona non può essere perseguita, punita o altrimenti privata della libertà per fatti anteriori e diversi da quelli per i quali è stata consegnata³²⁷. Siffatta regola mira principalmente ad assicurare il rispetto della buona fede nei rapporti interstatuali, ma, di riflesso, rappresenta anche un'importante garanzia per l'individuo estradato. All'art. 27 par. 3 sono riportati casi in cui, unilateralmente (e quindi senza chiedere consenso allo Stato cosiddetto "richiesto", ovvero destinatario del mandato d'arresto) lo Stato che ha ricevuto l'estradato è esentato dall'applicazione della regola.

1.2.2. Le disposizioni che richiamano i diritti fondamentali

Il testo della misura richiama esplicitamente la presunzione dell'esistenza di un elevato livello di fiducia reciproca tra Stati in relazione ai rispettivi sistemi giuridici (considerando n° 10) sulla base dell'appartenenza all'Unione e quindi al comune rispetto per i diritti fondamentali sanciti all'art. 6 TUE. Ciò non basta però ad ovviare alle lacune lasciate dalle disposizioni della decisione quadro in relazione alle garanzie che essa stessa dovrebbe prevedere.

Il primo aspetto che viene in risalto è la mancanza di una clausola di rifiuto di esecuzione del mandato basata sui diritti fondamentali.

Tale tradizionale clausola di rifiuto di estradizione³²⁸ - detta anche clausola di non-discriminazione o di asilo - è totalmente assente nell'articolato della decisione quadro. Conducendo un'analisi attenta, se ne possono rinvenire gli elementi costitutivi nel considerando n° 12 che, preliminarmente, esplicita l'osservanza dei diritti fondamentali da parte della stessa decisione quadro in quanto parte del sistema giuridico dell'Unione, richiamando di fatto quale fondamento di tale sistema l'art. 6 TUE e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Già è stata sottolineata l'importanza della novità rappresentata dalla menzione della Carta, ed a questa si affianca quella dell'assenza di ogni riferimento (che si estende a tutta la decisione quadro) alla CEDU³²⁹. Tale omissione è riconducibile alla presenza della CEDU nella lettera dell'art. 6 ma i legislatori nazionali hanno spesso preferito, in sede di attuazione, riferirsi a questa anche

³²⁷ Enunciata anche all'art. 27 par. 2 della decisione quadro

³²⁸ Art. 3 par. 2 della Convenzione europea di estradizione, Parigi, 13 dicembre 1957

³²⁹ P.-Y. MONJAL, " La décision-cadre instaurant le mandat d'arrêt européen et l'ordre juridique français", in *Revue du droit de l'Union européenne*, n°1, 2003, p. 133

direttamente. A seguito di ciò e su tale base, il considerando reintroduce di fatto la clausola di non discriminazione accompagnata dall'incipit (in realtà piuttosto blando) che sostiene che nessun elemento della decisione stessa osta al rifiuto della consegna di una persona, "qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che il mandato d'arresto europeo sia stato emesso al fine di perseguire penalmente o punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinione politica o delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi".

Alla disposizione appena analizzata, va affiancata la lettera del considerando n° 10 che richiama la sospensione del mandato d'arresto nel caso in cui avvenga la constatazione da parte Consiglio della violazione dell'art. 6 TUE secondo la procedura indicata all'art. 7 TUE. E' però utile a questo punto ricordare quanto farraginoso sia il meccanismo così identificato e la natura politica della censura che esso prefigura³³⁰. Inoltre questo può essere azionato solo in vista di una violazione "grave e persistente", ma nulla può contro le violazioni puntuali di specifici diritti del ricercato³³¹.

Infine, al considerando n° 13 si legge che "nessuna persona dovrebbe essere allontanata, espulsa o estradata verso uno Stato allorquando sussista un serio rischio che essa venga sottoposta alla pena di morte, alla tortura o ad altri trattamenti o pene inumane o degradanti³³²". Come sostenuto in dottrina³³³, tale formulazione risulta carente sotto un duplice punto di vista: in primo luogo non tiene conto dello sviluppo della giurisprudenza internazionale occorso negli ultimi decenni, che ha visto ricomprendere fra le clausole di esclusione dall'extradizione anche il rischio di violazione dei diritti processuali; in seconda battuta l'uso del verbo al condizionale è altamente opinabile se lo scopo del legislatore europeo era quello di indicare, di fatto, quelli elencati quali motivi di rifiuto all'esecuzione del mandato³³⁴. Quest'ultimo elemento non solo non trova spiegazione, ma, anzi, è

³³⁰ Note sono le difficoltà di avviare il meccanismo di cui all'art. 7 TUE, come già discusso nel cap. 1 par. 2 del presente lavoro, a riprova delle quali e del carattere insufficiente del riferimento all'art. 7 per accertare la violazione dei diritti fondamentali nel caso di specie, il Bundesverfassungsgericht, nell'ambito della sentenza con la quale si è pronunciata sulla compatibilità tra la legge tedesca di attuazione della decisione quadro e la Legge fondamentale tedesca, ha ribadito che «in caso di perdurante minaccia continuata dei diritti fondamentali, il legislatore nazionale può reagire, indipendentemente dall'applicazione della procedura di cui all'art. 7 TUE, rifiutando il recepimento della normativa europea» V. BAZZOCCHI, "Il mandato d'arresto europeo e le Corti supreme nazionali", *op. cit.*, p. 70. Il riferimento è alla sentenza BVerfG, 2 BvR 2236/04 del 18.7.2005; per un commento generale alla stessa si veda anche J. P. PERINI, "Il mandato d'arresto europeo alla prova del Bundesverfassungsgericht tedesco: 'schiaffo' all'Europa o cura negligente dei diritti del nazionale da parte del legislatore?", in *Cassazione penale*, vol. 46, n° 1, 2006, pp. 237-242

³³¹ V. BAZZOCCHI, "Il mandato d'arresto europeo e le Corti supreme nazionali", *op. cit.*, p. 666; I. VIARENGO, *op. cit.*, p. 152 e M. LUGATO, "La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato d'arresto europeo", in *Rivista di diritto internazionale*, Giuffrè, n° 1, 2003, p. 36

³³² Vengono qui ripresi i divieti espressi agli art. 3 par. 1 ed art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea oltre che parte di quel patrimonio comune a cui fa riferimento l'art. 6 TUE, a riprova di come non sia superfluo che riprendere e specificare i diritti che entrano in gioco nelle singole situazioni

³³³ V. BAZZOCCHI, "Il mandato d'arresto europeo e le Corti supreme nazionali", *op. cit.*, pp. 665-666

³³⁴ M. LUGATO, *op. cit.*, p. 38

suscettibile di contribuire a ritardare il sorgere di quel reciproco affidamento tra Stati di cui la decisione quadro dovrebbe essere, allo stesso tempo, espressione ed obiettivo ultimo.

Un richiamo alle norme afferenti il giusto processo, come anche la libertà di associazione, di stampe e di espressione negli altri mezzi di comunicazione viene invece introdotto nel secondo paragrafo del considerando n° 12³³⁵. Il riferimento è, ancora un volta, in negativo, nel senso che gli Stati vengono rassicurati del fatto che la decisione quadro “non osta” all’applicazione delle rispettive norme costituzionali negli ambiti esplicitati. Una formulazione anche più blanda della precedente è stata utilizzata per sancire come il trattamento dei dati personali nell’ambito di attuazione della decisione quadro avvenga nel rispetto della Convenzione del Consiglio d’Europa del 1981 sulla protezione dei dati personali³³⁶ -in questo caso il legislatore europeo ha affermato che “è opportuno”³³⁷.

La scelta di non inserire clausole a salvaguardia dei diritti fondamentali tra i motivi di rifiuto figuranti agli artt. 3 e 4 è sicuramente riconducibile al fatto che la partecipazione all’Unione si sostanzia *in primis* nell’adesione ai diritti fondamentali quali sanciti dall’art. 6 e ripreso dalle disposizioni analizzate, e pertanto tale motivo di rifiuto viene ritenuto implicito³³⁸.

Tuttavia né le disposizioni sopra richiamate – che presentano i limiti evidenziati-, né la lettura di queste in combinato con l’art. 1 par. 3 che ribadisce l’obbligo di rispetto dei diritti fondamentali e dei fondamentali principi giuridici quali sanciti all’art. 6 TUE sono state però sufficienti a tranquillizzare gli Stati membri sul punto, come dimostra il fatto che molti di essi abbiano introdotto nell’articolato della norma di attuazione clausole di rifiuto *ad hoc*³³⁹.

Alla luce di tali elementi appare quindi ampiamente condivisibile quella dottrina che afferma che sarebbe stato preferibile mantenere la clausola di non discriminazione tra i motivi di non esecuzione³⁴⁰ e/o inserirne una sulla violazione (o rischio di violazione) dei diritti del ricercato. Ciò

³³⁵ Alcuni degli elementi caratterizzanti il giusto processo sono poi singolarmente presenti nell’articolato della decisione quadro, e verranno a breve analizzate

³³⁶ Convenzione del Consiglio d’Europa n° 108 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, Strasburgo, 28 gennaio 1981. Tale riferimento normativo risulta obsoleto, in quanto dal 2008 è in vigore tra gli Stati membri la decisione quadro 2008/977/GAI che regola il trattamento dei dati negli ambiti di ex terzo pilastro, GU L 350 del 30.12.2008. L’argomento verrà trattato nel capitolo 4 del presente lavoro.

³³⁷ Considerando n° 14

³³⁸ I. VIARENGO, *op. cit.*, p. 155

³³⁹ Si veda Commissione europea, Relazione della Commissione COM(2005) 63 def. a norma dell’articolo 34 della decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d’arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, del 23.2.2005, p.5. Contestualmente, la Commissione pare aver implicitamente riconosciuto la sostanziale opportunità dell’introduzione di tali clausole, la cui esistenza non viene infatti lamentata quale errata trasposizione, essendosi limitato il guardiano dei Trattati ad affermare che «questi motivi devono essere invocati solo eccezionalmente in seno all’Unione». Sul comportamento dei diversi Stati si vedano, più dettagliatamente, M. FICHERA, *The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: law, policy and practice*, *op. cit.*, pp. 178-179 e I. VIARENGO, *op. cit.*, p. 158 e seg.

³⁴⁰ I. VIARENGO, *op. cit.*, p. 144

anche a garanzia di una più uniforme applicazione del diritto dell'Unione, e per impedire agli Stati di sfruttare tale mancanza per inserire (più o meno furtivamente) formulazioni più ampie e differenziate con riferimento alle clausole di rifiuto, andando così palesemente ad inficiare la validità del principio del mutuo riconoscimento.

Altra assenza degna di nota, anch'essa già segnalata in dottrina³⁴¹, è quella relativa ad una qualsivoglia disposizione che indichi l'obbligo di adottare un trattamento particolare nei confronti dei soggetti più deboli (handicappati, minori, analfabeti, neo-madri, stranieri). Ancora una volta, in fase attuativa ed in particolare nel caso italiano, ciò ha determinato l'intervento del legislatore nazionale, che ha inserito l'appartenenza ad alcune delle categorie di riferimento tra i motivi di non esecuzione del mandato. Una volta di più, quindi, un'omissione da parte del legislatore europeo ha determinato l'insorgenza di un ostacolo al mutuo riconoscimento.

Un esempio molto recente che illustra la mancanza di un livello di fiducia reciproca tra gli Stati membri tale da permettere un efficace uso di strumenti come il mandato d'arresto europeo, è il caso, trattato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, *Stephens c. Malta*³⁴². Un cittadino britannico, residente in Spagna e detenuto in tale paese sulla base di un mandato d'arresto europeo emesso da un'autorità giudiziaria maltese, aveva impugnato il mandato d'arresto stesso davanti a tale giurisdizione, vincendo la causa. Nonostante l'ordine di scarcerazione emesso dalla Corte maltese, l'autorità giudiziaria spagnola aveva deciso di non rilasciare il sig. Stephens, ritenendo che tale decisione dovesse essere presa sulla base della normativa nazionale³⁴³.

Eco della mancanza di fiducia reciproca, ma soprattutto dell'assenza di processi decisionali - fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona³⁴⁴ - e strumenti normativi che, al livello dell'Unione, garantiscano il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali si ritrova nelle difficoltà incontrate dagli Stati in fase di recepimento. All'intervento sopra richiamato di svariate Corti supreme nazionali, si aggiunge infatti la lentezza nell'adozione di leggi di attuazione, come dimostra il fatto che il termine fissato al 31 dicembre 2003 sia stato rispettato solamente da otto Stati membri³⁴⁵. Inoltre in alcuni casi tali norme nazionali hanno apportato alterazioni significative allo spirito (quando non anche alla lettera) della decisione quadro³⁴⁶. Emblematica è, sotto entrambi questi

³⁴¹ V. BAZZOCCHI, "Il mandato d'arresto europeo e le Corti supreme nazionali", *op. cit.*, p. 666

³⁴² Corte EDU, 21 aprile 2009, causa 11956/07, *Stephens c. Malta*

³⁴³ C. RIJKEN, *op. cit.*, p. 1473

³⁴⁴ che ha reso il Parlamento europeo colegislatore a tutti gli effetti

³⁴⁵ Commissione europea, Relazione della Commissione COM(2005) 63 def. p. 2; gli Stati così individuati sono Belgio, Danimarca, Svezia, Finlandia, Irlanda, Regno Unito, Spagna e Portogallo

³⁴⁶ Per un'analisi comparata della situazione di recepimento nei diversi paesi si veda, oltre alle Relazioni della Commissione del 2006, 2007 e 2011 riportate in nota, anche N. LONG, *Implementation of the European Arrest Warrant and Joint Investigation Teams at EU and national level*, studio richiesto dalla Commissione LIBE del PE, Bruxelles

aspetti, l'esperienza italiana³⁴⁷: la legge di recepimento è stata adottata solamente nell'aprile del 2005³⁴⁸ e presenta ancora oggi molte discrepanze con il mandato d'arresto, nonostante il fatto che nel 2006 la Commissione³⁴⁹ avesse espressamente richiamato l'Italia ad attivarsi per rendere la norma interna conforme allo strumento europeo³⁵⁰. Particolarmente grave è il fatto che la norma italiana non abbia recepito, unica nel panorama europeo, l'eliminazione della verifica della doppia incriminazione³⁵¹. Se a ciò si aggiunge la subordinazione della consegna alla verifica della presenza di gravi indizi di colpevolezza³⁵², l'introduzione dell'obbligatorietà per i casi di rifiuto indicati come facoltativi nella decisione quadro e l'individuazione di ulteriori motivi di rifiuto³⁵³, il quadro che ne emerge indica chiaramente lo snaturamento della decisione quadro. E' così significativamente ridimensionato quello che era stato salutato come un "salto di qualità nel livello di cooperazione tra gli Stati membri"³⁵⁴.

³⁴⁷ Per un commento critico nei confronti della legge di recepimento si veda E. SELVAGGI e G. DE AMICIS, "La legge sul mandato europeo d'arresto tra inadeguatezze attuative e incertezze applicative", in *Cassazione penale*, Giuffrè, n° 6, 2005, pp. 1813-1823; A. DAMATO, "Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano (II)", in *Il diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, n° 2, 2005 p. 229-251 (si tratta qui della critica al disegno di legge S. 2958 del 2004, che però non differisce di molto dalla legge 22 aprile 2005, n° 69, effettivamente adottata); G. DE AMICIS, "Mandato d'arresto europeo", in G. GRASSO e R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 591-602 e ancora M. FICHERA, *The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: law, policy and practice*, op. cit., pp. 141-148; un'altra parte della dottrina italiana ha invece espresso apprezzamento per le scelte operate dal legislatore italiano in sede di adozione della legge di recepimento, si veda su questa linea V. MAIELLO, "La disciplina interna del M.A.E. fra fedeltà comunitaria e garanzie costituzionali: riflesso di una primauté solo 'tendenzialmente assoluta'", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Giuffrè, vol. 54, n° 1, 2011, pp. 112-133

³⁴⁸ Legge 22 aprile 2005, n° 69 in GURI n° 98 del 29.04.2005; l'Italia è stato l'ultimo paese –ad eccezione di Bulgaria e Romania, entrate a far parte dell'Unione europea nel 2007- ad adottare la legge di recepimento della decisione quadro sul mandato d'arresto,

³⁴⁹ nell'ambito della sua seconda Commissione europea, Relazione della Commissione COM(2006) 8 a norma dell'articolo 34 della decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (versione riveduta), del 24.1.2006, p.7. E' da notare come tale documento riveduto abbia origine proprio nel fatto che alla data della precedente relazione, la legge di recepimento italiana era ancora discussa in Parlamento

³⁵⁰ Come enunciato nell'ultima Relazione della Commissione COM(2011) 175 def. al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione dal 2007 della decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, dell'11.4.2011, p. 5

³⁵¹ Art. 8 della Legge 22 aprile 2005, n° 69

³⁵² Art. 17 comma 4 della Legge 22 aprile 2005, n° 69

³⁵³ Art. 18 della Legge 22 aprile 2005, n° 69

³⁵⁴ L. SALAZAR, "Il mandato d'arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle decisioni penali", op. cit., p. 1049

2. I diritti nel MAE e nella sua attuazione, e l'apporto della Corte di Giustizia

Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione da parte degli Stati membri ha determinato tensioni nei confronti di specifici diritti fondamentali. Primi tra questi, anche in ragione del fatto che si tratta di uno strumento di cooperazione giudiziaria, sono i diritti connessi al giusto processo, che vengono in rilievo in diverse disposizioni della decisione quadro. Ad essi se ne affiancano altri in particolare il principio di legalità in materia penale e quello di non discriminazione.

L'intervento della Corte di Giustizia in riferimento a ciascuno degli ambiti evocati si è rivelata fondamentale ed il frequente ricorso alla stessa, anche in ragione di norme di attuazione del MAE, rende evidente tutta la difficoltà di uno strumento di mutuo riconoscimento in mancanza di standard condivisi di salvaguardia dei diritti fondamentali.

La Corte ha quindi dovuto spesso decidere in assenza di parametri chiari, elemento che ha determinato, non raramente, approcci contrastanti tra loro. In mancanza di un chiaro quadro di garanzie, infatti, le esigenze connesse al mutuo riconoscimento possono spesso collidere con l'imperativo della salvaguardia dei diritti fondamentali. La situazione è poi ulteriormente peggiorata dal fatto che gli Stati membri ne approfittano per introdurre misure che sono in realtà palesemente ed unicamente protezionistiche.

2.1. Gli elementi attinenti al giusto processo

Data la natura procedurale della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, i diritti più immediatamente messi in tensione sono tutti quelli che attengono alle garanzie del giusto processo. Essi, che si ritrovano raccolti all'art. 6 CEDU e distinti in più articoli nella Carta dell'UE al capo VI dedicato alla Giustizia, risultano, nell'articolato della decisione quadro, sensibilmente ridotti. Al di là del blando riferimento al considerando 12, già presentato in precedenza³⁵⁵, l'analisi della decisione quadro non può che partire, in questo senso, dalla disposizione intitolata "diritti del ricercato"³⁵⁶. Viene qui citato il diritto del ricercato, al momento dell'arresto, ad essere informato di essere oggetto di un mandato, del contenuto dello stesso e della possibilità di acconsentire alla propria consegna; e poi ancora, in un secondo paragrafo, il diritto ad essere assistito da un legale e da un interprete "conformemente al diritto interno dello Stato membro di esecuzione". In riferimento a questi ultimi due non viene fatta menzione alcuna dello stadio al quale le figure

³⁵⁵ Si veda il paragrafo precedente

³⁵⁶ Raccolti in un unico, breve articolo - l'art. 11 -, elemento già di per sé indicativo della scarsa attenzione attribuita a tale aspetto

richiamate sarebbero chiamate ad intervenire, né al fatto che, in assenza di mezzi dell'individuo posto sotto arresto, egli abbia diritto ad un'assistenza gratuita fornita dallo Stato. Inoltre non compare alcun riferimento al contraddittorio, né ai diritti della difesa³⁵⁷.

A fianco di tale articolo della decisione quadro ve ne sono altre che rilevano ai fini del soggetto in analisi, quale l'art. 14, che prevede il diritto all'audizione dell'arrestato che si opponga alla consegna, a cura dell'autorità giudiziaria dello Stato membro d'esecuzione. In questo caso il legislatore, oltre ad offrire una formulazione stringata e povera, non ha dato prova di chiarezza in quanto non viene esplicitata la finalità di tale disposizione, ovvero la verifica della legalità della detenzione³⁵⁸. Si tratta quindi in questo caso di una mancanza sotto il profilo del diritto ad un ricorso effettivo, che non viene garantito esplicitamente ed al quale mancano i diritti, funzionali, all'assistenza da parte di un interprete ed un legale. Le stesse osservazioni valgono per le disposizioni che disciplinano l'audizione del ricercato in attesa della decisione circa l'esecuzione del mandato, prevista all'art. 18 e specificata all'art. 19.

Passando poi all'analisi della decisione quadro con riferimento alla rapidità del procedimento ed alla garanzia di una durata ragionevole del processo, il legislatore europeo ha sicuramente compiuto passi importanti in relazione a quanto previsto dalla tradizionale procedura di estradizione, fissando termini brevi sia per l'assunzione della decisione definitiva circa la consegna (art. 17), che per la consegna stessa (art. 23)³⁵⁹. A fronte della regola generale vi sono però alcune eccezioni che possono comportare ritardi indeterminatamente lunghi, che sfuggono al controllo. La prima concerne la durata della custodia cautelare in attesa della decisione circa la consegna. Non viene infatti posto dalla norma (art. 12) alcun termine fisso, limitandosi essa a prevedere che la liberazione del ricercato possa avvenire in qualsiasi momento a condizione che l'autorità adotti le misure necessarie ad evitare la fuga³⁶⁰. Un secondo profilo di criticità sorge poi in conseguenza

³⁵⁷ Artt. 47 e 48 della Carta

³⁵⁸ M. LUGATO, *op. cit.*, p. 40-41

³⁵⁹ Per un'analisi approfondita di tali disposizioni ed una loro valutazione in riferimento alla tutela dei diritti fondamentali, nonché del recepimento degli stessi nella legge di attuazione italiana si veda M. T. M. RUBERA, "Termini per eseguire il mandato d'arresto europeo e tutela della libertà personale", in *Diritto penale e processo*, IPSOA, n°2, 2011, pp. 237-247

³⁶⁰ L'importanza di tale mancanza è emersa concretamente nel caso *Leyman*, nel quale la decisione circa l'esecuzione del mandato è stata ritardata in seguito al rinvio pregiudiziale presentato dal giudice *a quo* alla Corte di giustizia. CGUE, 1 dicembre 2008, causa C-388/08 PPU, *Leymann e Pustovarov*, in Racc. 2008, p. I-8993 e segg., per un commento alla sentenza, E. SELVAGGI, "Mandato d'arresto europeo e principio di specialità", in *Cassazione penale*, Giuffrè, n° 3, 2009, p. 1296-1300 Nei confronti di *Leyman* e *Pusovarov*, la Finlandia aveva infatti emesso due mandati d'arresto, prontamente eseguiti per traffico di anfetamine. Successivamente, però, l'accusa principale era stata mutata in traffico di hashish. La Corte ha quindi dovuto fornire al giudice nazionale gli elementi per dirimere la questione circa il fatto che si trattasse o meno di "fatti diversi" ai fini dell'applicazione della regola di specialità. Ma non solo, ha indicato la necessità di verificare se gli elementi costitutivi del reato siano gli stessi per i quali la persona è stata consegnata, e se vi sia una sufficiente corrispondenza "tra i dati contenuti nel mandato di arresto e quelli menzionati nell'atto procedurale successivo" (punto 57). In accoglimento delle osservazioni della Commissione, nel

della differita della consegna per motivi particolari, appartenenti a categorie indicate tassativamente³⁶¹. Il legislatore non ha infatti previsto alcun termine, una volta venuti meno gli impedimenti, per la nuova data di consegna, rispetto alla quale si dice solamente che deve essere concordata tra i due Stati del caso. Inoltre, ancora una volta, non vi è alcun riferimento alla sorte della custodia cautelare nella fase del periodo di sospensione della consegna. E' infine criticabile il fatto che non siano state espressamente previste sanzioni in caso di non rispetto dei tempi.

Proprio il fine del rispetto dei tempi indicati è alla base della sentenza della Corte in merito al recente caso *Jeremy F.*³⁶². Il sign. Jeremy F., oggetto di un mandato d'arresto, aveva acconsentito alla sua consegna da parte della Francia alla Regno Unito. Successivamente l'autorità giudiziaria dello Stato di emissione aveva chiesto di poter ampliare i capi d'imputazione a carico del soggetto in questione e, avendo quest'ultimo proposto ricorso contro la decisione di concedere tale ampliamento (in quanto egli non aveva rinunciato alla regola di specialità) il Conseil Constitutionnel francese ha richiesto alla Corte l'interpretazione delle disposizioni concernenti la regola di specialità³⁶³. Ciò, al fine di valutare la compatibilità di queste con la sospensione della decisione avverso la quale è stato effettuato il ricorso. Il giudice giunge ad affermare che gli Stati hanno margine di scelta in materia, in quanto la fattispecie della sospensione non viene disciplinata – e quindi nemmeno negata - dalla decisione quadro. L'unico limite è costituito, appunto, dal rispetto dei tempi previsti dallo strumento di diritto dell'Unione per l'adozione della decisione oggetto di sospensione. Il ragionamento della Corte richiama l'articolo 1 paragrafo 3 quale parametro a tutela dei diritti fondamentali nell'applicazione della decisione quadro e sottolinea la rilevanza del diritto ad un ricorso effettivo³⁶⁴. Tuttavia, sembra di comprendere che l'esaltazione di tale aspetto avvenga unicamente in quanto compatibile con i termini della decisione quadro, e che quindi, in caso di contrasto, debbano essere questi secondi a prevalere.

Disposizioni di stampo più garantista sono invece contemplate dall'art. 5, che prevede alcune assicurazioni che lo Stato emittente deve fornire in casi particolari. Si tratta di tre fattispecie distinte

ragionamento della Corte, "eventuali mutamenti nelle circostanze di tempo e di luogo sono ammessi", purché vengano soddisfatte tre condizioni: che essi derivino dagli elementi raccolti nel corso del procedimento per il quale era stato emesso il mandato d'arresto, che non alterino la natura del reato e che non determinino l'insorgenza di uno dei motivi di non esecuzione ai sensi degli artt. 3 e 4 della decisione quadro (punto 57). Nel giungere a tale conclusione la Corte ha fatto più volte riferimento alla finalità del mandato d'arresto, riconosciuto nella semplificazione ed accelerazione della cooperazione giudiziaria, ed al principio del mutuo riconoscimento che ne ha ispirato, giungendo ad affermare che "esigere l'assenso dello Stato membro di esecuzione per qualsiasi mutamento nella descrizione dei fatti andrebbe al di là delle implicazioni della regola della specialità". Durante tutta la procedura, i due interessati sono rimasti in custodia cautelare, come anche durante il successivo giudizio in sede nazionale.

³⁶¹ Si tratta dei casi di impedimento da cause di forza maggiore (art. 23 par. 3), gravi motivi umanitari (art. 23 par. 4), o ancora esigenze di giustizia interne allo Stato di esecuzione (art. 24 par. 1); è da notare come le prime due categorie possano in realtà prestarsi ad interpretazioni parzialmente differenti da Stato a Stato

³⁶² CGUE, 30 maggio 2013, causa C-168/13 PPU, *Jeremy F. c. Premier ministre*, non ancora pubblicata in Racc.

³⁶³ Articoli 27 e 28 della decisione quadro 2002/584/GAI

³⁶⁴ CGUE, *Jeremy F. c. Premier ministre*, cit., punto 42

nelle quali l'esecuzione del mandato può essere condizionato dalla legge dello Stato membro di esecuzione. La prima riguarda il caso di mandato d'arresto emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura privativa della libertà mediante decisione pronunciata *in absentia*: lo Stato di esecuzione può subordinare la consegna alla ricezione di sufficienti assicurazioni circa l'opportunità per il ricercato di richiedere un nuovo processo nello Stato emittente e di essere presente allo stesso (art. 5 par. 1). Il secondo caso concerne l'eventualità in cui il reato all'origine del mandato sia punibile con una pena o misura privativa della libertà a vita: la consegna può essere subordinata alla condizione che l'ordinamento giuridico dello Stato emittente preveda una revisione della pena comminata (art. 5 par. 2). L'ultimo caso si riferisce alla situazione in cui il ricercato oggetto di un mandato d'arresto ai fini di un'azione penale sia cittadino o residente dello Stato membro di esecuzione; tale Stato può infatti porre la condizione che la persona venga rimandata sul suo territorio per scontare la pena (art. 5 par. 3). Quest'ultimo caso rappresenta, nuovamente, un retaggio ascrivibile al divieto di consegna dei propri cittadini, ma la finalità individuata da tale disposizione è, come per l'art. 4 par. 6³⁶⁵ - che è però applicabile nel caso di mandato emesso ai fini dell'esecuzione di una pena detentiva o di una misura privativa della libertà - la ricerca delle migliori opportunità di reinserimento per il ricercato una volta scontata la pena.

Proprio la similitudine tra le due norme ha creato incertezza circa la loro applicazione al caso di una sentenza emessa *in absentia*, al quale è applicabile l'art. 5 par. 1. In occasione di un recente rinvio pregiudiziale in merito, presentato dalla Corte costituzionale belga nel caso *I.B.*³⁶⁶, il giudice europeo ha correttamente argomentato che proprio in ragione di tale ultima disposizione, il mandato di arresto in esame, emesso in origine ai fini dell'esecuzione della pena (e quindi rientrante nel regime dell'art. 4 par. 6), doveva essere considerato, di fatto, come finalizzato all'azione penale. Ne consegue che la garanzia di cui all'art. 5 par. 3 si applica ad una tale sottospecie, sommandosi all'altra. E' stato argomentato in dottrina³⁶⁷ come tale pronuncia della Corte abbia effettuato un riequilibrio delle disposizioni in esame a favore del ricercato. Al contrario di quanto avvenuto in precedenza (in particolare nel caso *Wolzenburg*³⁶⁸ che verrà di analizzato successivamente³⁶⁹), la Corte ha infatti posto come priorità e criterio a guida della sua decisione la ricerca delle migliori opportunità di reinserimento del ricercato; essa ha quindi fornito un'interpretazione larga della

³⁶⁵ Discusso precedentemente

³⁶⁶ CGUE, 21 ottobre 2010, causa C-306/09, *I.B.*, in Racc. 2010, p. I-10341 e segg.; per un breve commento si veda F. KAUFF-GAZIN, "Mandat d'arrêt européen et décisions rendues par défaut - La Cour trouve un équilibre satisfaisant entre la protection des droits fondamentaux des individus frappés d'un mandat d'arrêt suite à une décision rendue par défaut et les exigences liées à l'exécution d'une peine", in *Europe*, dicembre 2010, n° 12, p. 23

³⁶⁷ P. BEAUVAIS, "Coopération pénale et mandat d'arrêt européen - CJUE 21 oct. 2010, *I.B.*, C-306/09; CJUE, gr. ch., 16 nov. 2010, *Mantello*, C-261/09", in *Revue trimestrielle de droit européen*, Dalloz, vol. 47, n° 3, 2011, p. 647-658

³⁶⁸ CGUE, 6 ottobre 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*, in Racc. 2009, p. I-9621 e segg.; tale sentenza sarà oggetto di analisi nel prossimo paragrafo, in riferimento al principio di non discriminazione

³⁶⁹ Si veda il paragrafo 2.2.2 della presente sezione

disposizione in esame, permettendo il cumulo della garanzia prevista dalla stessa con quella prevista all'art. 5 par. 1. Sembra comunque di poter affermare che una soluzione diversa avrebbe dato luogo ad una potenziale violazione del principio di non discriminazione, come anche ipotizzato dalla Corte costituzionale belga nei termini del rinvio.

Nel caso in esame, l'Avvocato Generale ha poi fatto emergere un altro profilo in relazione al rapporto tra la disposizione in esame e i diritti fondamentali. L'AG Pedro Cruz Villalón, ha infatti identificato l'opportunità di scontare la pena nel luogo ove sia più facile il reinserimento (finalità della norma) quale garanzia del rispetto del diritto al rispetto della vita privata e familiare come enunciato all'art. 8 CEDU³⁷⁰. A tale riferimento segue quello al corrispondente art. 7 della Carta, per la prima volta richiamato direttamente in relazione alla materia della cooperazione giudiziaria in ambito penale³⁷¹. La Corte non ha ripreso tale punto delle conclusioni nella sua argomentazione, mancando così anche l'occasione di ancorare la finalità del reinserimento ad un diritto fondamentale, aspetto che avrebbe sicuramente sostanziato e rafforzato la stessa, ed avrebbe reso più difficile, in una prossima occasione, il ripetersi di una deviazione basata sulla discrezionalità di cui sono titolari gli Stati.

La somma delle garanzie previste dalle due disposizioni sopra citate (art. 5 par. 1 e art. 4 par. 6) non è più possibile, dal 1° gennaio 2014. A partire da tale data, infatti, l'art. 5 par. 1 è stato definitivamente soppresso e sostituito, nel suo contenuto, da un nuovo art. 4 bis. Ciò in virtù dell'art. 2 della decisione quadro 2009/299/GAI³⁷², adottata per rafforzare i diritti processuali e promuovere il mutuo riconoscimento delle decisioni pronunciate *in absentia*. La modifica è quindi stata concepita con finalità garantista, ed ha in effetti introdotto la decisione pronunciata in contumacia quale nuovo motivo di rifiuto facoltativo alla consegna del ricercato. Il nuovo art. 4 bis elimina inoltre l'indeterminatezza che caratterizzava il precedente art. 5 par. 1 in relazione alla valutazione, per la quale non erano fissati criteri, circa la "sufficienza" delle garanzie fornite dallo Stato emittente circa la possibilità per il ricercato di richiedere un nuovo processo. La nuova disciplina prevede infatti la possibilità di rifiuto di esecuzione del mandato nel caso di una decisione di condanna *in absentia*, disciplinando in modo chiaro ed esplicito le eccezioni a tale opportunità³⁷³. Se da un lato la certezza così introdotta ed il fatto che il tipo di decisione in esame possa costituire motivo di rifiuto di esecuzione del mandato costituiscono un valore aggiunto in termini di garanzie

³⁷⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón del 6 luglio 2010, *I.B., cit.*, punto 43

³⁷¹ *Ibidem*, punto 44

³⁷² Decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo, GU L 81 del 27.03.2009

³⁷³ Art. 2 della decisione quadro 2009/299/GAI

per il ricercato, dall'altro tale nuova formulazione esclude di per sé il cumulo precedentemente ammesso. Ciò non dovrebbe comunque determinare un *minus* nelle garanzie offerte all'individuo, che può beneficiare delle due ragioni di rifiuto in modo alternativo, ma, sembra di poter dire, anche in modo consecutivo (nel senso che, nel caso in cui venga escluso il rifiuto di esecuzione sulla base della prima disposizione, l'autorità giudiziaria può far ricorso alla seconda).

Proprio in ragione del suo carattere particolareggiato, la disposizione è stata però oggetto di un recente rinvio pregiudiziale ad opera del Tribunale Costituzionale spagnolo³⁷⁴. I fatti all'origine del rinvio attengono all'esecuzione da parte delle autorità spagnole di un mandato d'arresto emesso dalla Corte d'Appello di Bologna nei confronti del sign. Melloni, condannato *in absentia* a dieci anni di prigione per bancarotta fraudolenta. Il problema nasceva in quanto in Spagna una condanna simile pronunciata in contumacia dà comunque diritto al condannato ad una revisione della stessa in sua presenza al fine di garantire i diritti della difesa, mentre così non è in Italia; ne consegue che la consegna, obbligata secondo la disciplina dell'art. 4 bis³⁷⁵ avrebbe comportato la violazione di un diritto costituzionalmente garantito in Spagna. Riprendendo quanto sostenuto dall'Avvocato generale, la Corte ha però affermato la validità della disposizione contestata in riferimento agli articoli 47 e 48 della Carta, confermando che essa disciplina in maniera esaustiva le possibilità di rifiuto di esecuzione³⁷⁶, perfettamente in linea con le garanzie dell'equo processo e con i diritti della difesa³⁷⁷.

In conseguenza di ciò e del primato del diritto dell'Unione, il giudice europeo ha quindi affermato l'impossibilità di rifiutare l'esecuzione nei casi esclusi dal diritto secondario. Il fine è quello di assicurare l'effetto utile della decisione quadro, che si esplica nella semplificazione della cooperazione giudiziaria attraverso l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento³⁷⁸, che quindi prevale perfino su diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti dai singoli Stati membri. L'Avvocato generale ha fatto notare come una diversa decisione creerebbe le premesse per

³⁷⁴ CGUE, del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal*, non ancora pubblicata in Racc.; per un commento alla sentenza si vedano, su tutti A. RUGGERI, "La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)", in *Il diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffé, n° 2, 2013, pp.399-408; E. VAN RIJCKEVORSEL, "La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne. Chronique des arrêts. Arrêt « Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal »", in *Revue du droit de l'Union européenne*, n° 1, 2013, pp.182-187; F. GAZIN, "Mandat d'arrêt européen. Reconnaissance mutuelle versus protection des droits fondamentaux : prévalence accordée à la première en droit pénal de l'UE", in *Europe*, n° 4, aprile 2013, p.23

³⁷⁵ Il sign. Melloni era infatti a conoscenza del processo in quanto aveva incaricato due avvocati ai quali il tribunale competente aveva notificato gli estremi relativi al processo; circostanze che, secondo l'articolo 4 bis, escludono la possibilità di opporre rifiuto all'esecuzione del mandato

³⁷⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot del 2 ottobre 2012, *Melloni, cit.*, punto 70

³⁷⁷ La corte ricorda infatti che il diritto a comparire personalmente al processo non costituisce un diritto non assoluto e, in particolare, le garanzie dell'equo processo vengono soddisfatte allorché l'individuo interessato sia è stato informato della data e del luogo del processo o sia stato assistito da un difensore da lui nominato a tal fine, CGUE, *Melloni, cit.*, punto 49

³⁷⁸ Come ricordato nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, *Melloni, cit.*, punto 67

un'applicazione a geometria variabile del diritto dell'Unione, con conseguente *forum shopping* da parte dei soggetti criminali nei confronti del sistema più protettivo³⁷⁹. Se da un lato tale argomentazione è sicuramente valida, dall'altro ciò che ne esce è, in ogni caso, la fissazione di uno standard di protezione europeo che tende al ribasso, azzerando le conquiste operate nei diversi ordinamenti volte ad innalzare la soglia di tutela dei diritti individuali. Oltre ad essere palesemente negativo per l'aspetto dell'Unione ed, in prospettiva, per l'applicazione di tutto il suo *corpus* normativo, tale aspetto appare in contraddizione con lo scopo dell'art. 53 della Carta. Nell'interpretazione fornita dalla Corte sulla scorta delle conclusioni dell'AG³⁸⁰, il diritto dell'Unione, una volta ritenuto conforme alle Carta deve infatti prevalere anche su qualsiasi disposizione più garantista offerta dagli Stati membri. L'articolo 53 viene quindi svuotato del suo obiettivo primario di impedire l'abbassamento del livello di protezione dei diritti fondamentali.

Tale ragionamento della Corte costituisce un'evoluzione della logica sottesa alla decisione della stessa nel caso *Radu*³⁸¹. In questa occasione, il giudice dell'Unione aveva escluso la possibilità di opporsi all'esecuzione di una serie di mandati d'arresto emessi dalla Germania al fine di esercitare l'azione penale sulla base della negazione del diritto dell'interessato ad essere ascoltato prima dell'emissione stessa. Il diritto invocato non figura infatti tra i motivi di non-esecuzione enumerati nella decisione quadro, e la mancanza di consultazione non costituisce, data la finalità del mandato, una violazione del diritto alla difesa. La posizione dell'Avvocato Generale Eleanor Sharpston è però interessante. L'AG si è riferito all'articolo 1 par. 3 affermando che esso implica che i diritti fondamentali possono essere presi in considerazione quale fondamento della decisione di non eseguire un mandato d'arresto³⁸² e che, in circostanze eccezionali, ove le violazioni siano sufficientemente gravi da minare sensibilmente l'equità del processo, gli articoli 47 e 48 della Carta possono quindi fondare un rifiuto. È vero che una tale scelta avrebbe comunque lasciato la decisione finale al giudice a quo, ma il rispetto dei diritti fondamentali sarebbe stato riconosciuto come motivo possibile di rifiuto all'esecuzione di un mandato, in aggiunta a quelli previsti dalla decisione quadro.

2.2. (Segue) Il ne bis in idem

³⁷⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, *Melloni*, cit., punti 102-103

³⁸⁰ *Ibidem*, punti 133-136

³⁸¹ CGUE, 29 gennaio 2013, causa C-396/11, *Ministerul Public - Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Constanța c. Ciprian Vasile Radu*, non ancora pubblicata in Racc.; pour un bref commentaire voir F. Gazin, « Mandat d'arrêt européen. La Cour circonscrit la portée du droit d'être entendu dans le cadre de l'émission d'un mandat d'arrêt européen afin d'éviter d'annihiler l'efficacité de cet instrument », in *Europe*, marzo 2013, n° 3, pp. 23-24

³⁸² Conclusioni dell'Avvocato Generale Eleanor Sharpston del 18 ottobre 2012, *Radu*, cit., punto 37

Un ultimo profilo, corollario delle garanzie attinenti al giusto processo, concerne il trattamento riservato nella decisione quadro al principio del *ne bis in idem*.

Il primo³⁸³ si ritrova enunciato, nella sua versione “classica”, all’art. 54 della CAAS, che mira ad evitare che una persona che abbia commesso un crimine a carattere transnazionale possa venir processata due volte in due Stati diversi per gli stessi fatti, in relazione ai quali sia stata emessa una condanna definitiva. Come si evince dalla sentenza della Corte nel noto caso *Gözütok e Brügge*, la *ratio* dietro tale disposizione è assicurare la libertà di circolazione³⁸⁴ –nella fattispecie ai cittadini che abbiano commesso un crimine ma siano stati, per esso, già giudicati - e bilanciare la stessa con le necessità legate alla lotta alla criminalità³⁸⁵. Lo stesso diritto ha invece assunto una valenza più completa ed un riconoscimento quale diritto fondamentale nel sistema dell’Unione all’art. 50 della Carta, che, superando anche la lettera dell’art. 4 del Protocollo n° 7 allegato alla CEDU, lo ha universalizzato eliminando il riferimento alla transfrontalierità (necessario nella CAAS ed escluso, in quanto non previsto, nel Protocollo allegato alla CEDU).

Gli elementi costitutivi del *ne bis in idem* sono stati oggetto di diverse pronunce della Corte, volte a stabilirne l’esatto significato e la portata³⁸⁶. In particolare le nozioni di “stessi fatti” e “sentenza definitiva” hanno necessitato l’opera ermeneutica della Corte. Il secondo dei due, in particolare, è stato ed è tuttora all’origine di difficoltà significative quanto alla sua operatività. Ciò è dovuto alla diversa accezione con cui si connota nei diversi ordinamenti, in relazione alla portata dei due termini che compongono l’espressione³⁸⁷. Recentemente poi, per la prima volta, la Corte si è

³⁸³ A fondamento del quale, come noto, c’è il diritto a non essere giudicati due volte per gli stessi fatti in seguito ai quali sia già stata emessa una sentenza definitiva

³⁸⁴ CGUE, 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügge*, in Racc. 2003, p. I-1345 e segg., punto 38. La sentenza è poi particolarmente rilevante perché ha di fatto assunto l’esistenza di fiducia reciproca tra gli Stati senza la necessità di procedere all’armonizzazione o anche solo all’approssimazione delle norme di diritto penale sostanziale né procedurale (punti 32-33). Si veda sul punto K. LIGETI, “Rules on the application of *ne bis in idem* in the EU. Is further legislative action required?”, in *Eucrim*, n° 1-2, 2009, pp. 37-43. Tale esaltazione del mutuo riconoscimento, se da un lato ha sicuramente aiutato in occasione dei primi approcci, ha però impedito l’emersione di quel problema latente legato proprio alla mancanza di un livello sufficientemente elevato di fiducia reciproca. Siffatto ragionamento ha quindi contribuito a bloccare il cammino, palesatosi poi come necessario, del ravvicinamento delle legislazioni nazionali e, soprattutto, della definizione di alcuni aspetti di diritto sostanziale ma soprattutto procedurali a livello dell’Unione.

³⁸⁵ C. RIJKEN, *op. cit.*, p. 1482

³⁸⁶ Per una panoramica su tale, ricca giurisprudenza si veda K. LIGETI, *op. cit.*, pp. 37-43; D. DEL VESCOVO, “Il principio del *ne bis in idem* nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea”, in *Diritto penale e processo*, IPSOA, n° 11, 2009, pp. 1413-1424; per una prospettiva che inserisca tale evoluzione nel quadro dell’emersione della dimensione del rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia si veda (fino al 2006) S. MANACORDA, “Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l’Espace de liberté, sécurité et justice de l’Union Européenne: un développement inégal”, *op. cit.*, pp. 881-894

³⁸⁷ Che è inoltre previsto solamente in alcuni Stati membri. Nel citato caso *Gözütok e Brügge*, la Corte aveva giudicato il principio in esame come applicabile alle decisioni di un pubblico ministero idonee a definire il procedimento penale senza l’intervento del giudice -appunto il patteggiamento. La Corte aveva infatti statuito in tale occasione come fosse da considerare “sentenza definitiva” ai fini dell’applicazione del *ne bis in idem* una decisione che estingue l’azione penale e sia “emessa da un’autorità incaricata di amministrare la giustizia penale” (punto 28) che colpisca il

espressa in merito al principio in esame con riferimento alla lettera del mandato d'arresto. La decisione quadro richiama infatti il diritto in esame in più di una disposizione, ed in particolare agli articoli 3.2, 4.2, 4.3 e 4.5, ponendolo quale fondamento per opporre rifiuto (obbligatorio nel primo caso e facoltativo negli altri) all'esecuzione del mandato. Si tratta di evitare che il singolo possa essere punito e processato – secondo le due finalità possibili del mandato d'arresto - due volte per gli stessi atti³⁸⁸.

Il caso *Mantello*³⁸⁹ ha quindi nuovamente chiamato la Corte a pronunciarsi sull'interpretazione delle componenti del *ne bis in idem*, questa volta in relazione all'art. 3.2 che obbliga al rifiuto della consegna del ricercato. Essendo in questo caso assente l'elemento di transfrontalierità nella volontà di perseguire il crimine³⁹⁰, il riferimento ideale per la pronuncia del giudice europeo è stato, di fatto, il diritto come sancito dalla Carta. La Corte, chiamata ad esprimersi sulla natura di “stessi fatti”, ha individuato in essi una nozione autonoma del diritto dell'Unione³⁹¹, richiamando e convalidando la giurisprudenza che essa stessa aveva sviluppato in relazione all'art. 54 della CAAS.

Ne risulta quindi un'interpretazione che si riferisce alla “sola identità dei fatti materiali, ricomprensive un insieme di fatti inscindibilmente collegati tra loro, indipendentemente dalla

comportamento illecito contestato. Secondo il giudice europeo questa sarebbe la sola interpretazione coerente con l'oggetto e lo scopo dell'istituto in esame, ed inoltre contribuirebbe attivamente al raggiungimento dell'obiettivo della costruzione di uno “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” attraverso l'esplicitarsi della fiducia reciproca tra gli Stati membri. La Corte aveva poi ulteriormente specificato l'ambito di applicazione del principio con le sentenze nei casi CGUE, 28 settembre 2006, causa C-150/05, *J. L. Van Straaten c. Staat der Nederlanden e Repubblica italiana*, in Racc. 2006, p. I-9327 e segg., CGCE, 28 settembre 2006, C-467/04, *Gasparini e altri*, in Racc. 2006, p. I-9199 e segg. Nel primo la Corte aveva ricompreso nella fattispecie “sentenza definitiva” anche il caso in cui l'imputato fosse stato assolto per mancanza di prove (punti 59-61), mentre nel secondo aveva affermato l'operatività del principio rispetto alle decisioni di assoluzione per prescrizione (punti 22-33). Nel caso CGUE, 10 marzo 2005, causa C- 469/03, *Miraglia*, in Racc. 2005, p. I-2009 e segg. era invece stata esclusa l'applicazione del *ne bis in idem* al caso di una decisione assunta in mancanza di valutazione nel merito dei fatti (punto 30). Secondo una logica simile, il caso CGUE, 22 dicembre 2008, causa C-491/07, *Turansky*, in Racc. 2008, p. I-11039 e segg. ha permesso alla Corte di specificare l'accezione di “definitività” della decisione, affermando che se essa non pone fine all'azione penale nello Stato interessato –nel caso di specie si trattava di una decisione di sospensione del procedimento-, la stessa non può essere considerata ai fini dell'applicazione del principio in esame (punto 40). La trattazione di tale argomento verrà ripresa ed approfondita nel prossimo capitolo

³⁸⁸ Per un'analisi generale del principio *ne bis in idem* nella decisione quadro sul mandato d'arresto si veda H. VAN DER WILT, “The European Arrest Warrant and the principle *ne bis in idem*”, in R. Blextton (ed.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague, 2005, p. 99

³⁸⁹ CGUE, 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*, in Racc. 2010, p. I-11477 e segg.; per un breve commento si veda F. Kauff-Gazin, “Principe *ne bis in idem* dans le cadre de l'émission d'un mandat d'arrêt européen”, in *Europe*, gennaio 2011, n° 1, p.22

³⁹⁰ Nella causa *a quo*, l'autorità giudiziaria italiana aveva emesso un mandato d'arresto europeo nei confronti di un cittadino italiano accusato di traffico di droga organizzato; tale accusa seguiva ad una prima per la quale il ricercato era stato condannato per possesso (puntuale) illecito di stupefacenti. I fatti alla base della prima condanna risultavano essere parte significativa di quelli richiamati nel mandato d'arresto, ponendo difficoltà alla valutazione della Corte di Stoccarda circa l'interpretazione della nozione di “stessi fatti” e quindi l'obbligo di rifiutare l'esecuzione del mandato.

³⁹¹ CGUE, *Mantello*, cit., punto 38

qualificazione giuridica dei fatti medesimi o dall'interesse giuridico tutelato"³⁹². Si osserva come la Corte abbia mancato di cogliere l'occasione così offertasi, di affinare la sua posizione³⁹³, e tale considerazione assume un valore anche maggiore oggi, alla luce del valore giuridicamente vincolante di cui è dotata la Carta che, come detto, consacra il *ne bis in idem* quale diritto fondamentale; il giudice dell'Unione ha invece preferito non discostarsi da quanto affermato in precedenza, spostando il problema sulla nozione di "sentenza definitiva". La Corte ha quindi modificato l'angolo di riflessione, chiedendosi se i comportamenti all'origine del mandato non fossero stati già presi in esame al momento della prima sentenza e non fosse quindi stato emesso un "giudizio definitivo" in merito. Facendo riferimento ancora una volta alla propria precedente giurisprudenza, la Corte ha affermato come l'estinzione dell'azione penale sia il parametro da utilizzare e come debba essere riconosciuta valida la nozione di "giudizio definitivo" identificata dai diversi ordinamenti giuridici nazionali³⁹⁴. A tal proposito si ci sente di rilevare come, a seguito alla revisione cui è stato sottoposto il testo della Carta prima di renderlo giuridicamente vincolante con il Trattato di Lisbona, sarebbe stata utile una modifica che sostituisse, all'art. 50 della stessa, l'espressione "sentenza definitiva" con quella di "decisione definitiva". Ciò sarebbe stato in linea tanto con la giurisprudenza della Corte, quanto con lo scopo della costruzione di uno spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, che vede nel mutuo riconoscimento uno strumento essenziale. Tornando alla pronuncia del giudice europeo nel caso *Mantello*, essa esprime, accanto a quella che potrebbe essere definita come una mancanza di coraggio, una scelta della Corte volta a privilegiare ancora una volta il principio del mutuo riconoscimento che, se assolutamente importante per la lotta alla criminalità, rischia però di andare a detrimento di un rispetto dei diritti fondamentali di livello elevato ed uniforme all'interno dell'Unione.

2.3. Gli altri diritti in rilievo

Benché l'abolizione parziale della verifica della doppia incriminazione³⁹⁵ rappresenti una delle principali conquiste in relazione al mutuo riconoscimento - ed in realtà proprio per questo - è stata oggetto di ricorso davanti alla Corte giustizia da parte della Cour d'Arbitrage belga che, come

³⁹² *Ibidem*, punto 39; la prima pronuncia della Corte in questo senso si ritrova in CGUE, 9 marzo 2006, causa C-436/04, *Van Esbroeck*, in Racc. 2006, p. I-2333 e segg., punti 27, 36 e specificata al punto 38; tale impostazione si ritrova anche nelle sentenze successive nei casi *Van Straaten, cit.* (punto 48), *Gasparini, cit.* (punto 54), CGUE, 18 luglio 2007, causa C-367/05, *Norma Kraaijenbrink*, in Racc. 2007, p. I-6619 e segg. (punto 26)

³⁹³ P. BEAUVAIS, *op. cit.*, p. 652

³⁹⁴ CGUE, *Mantello, cit.*, punti 45-46. Tale concetto era stato espresso per la prima volta nel caso *Gözütok e Brügge*, punto 30

³⁹⁵ Art. 2 par. 2

preannunciato, ne ha contestato, tra le altre cose, la compatibilità con il principio di legalità in materia penale e con quello di non discriminazione³⁹⁶. L'attuazione del mandato d'arresto nei diversi Stati membri ha poi messo in tensione il principio di non discriminazione in ragione dell'altra grande novità introdotta dalla decisione quadro: l'abolizione del divieto di consegna dei cittadini nazionali.

2.3.1. Il principio di legalità in materia penale

Il principio di legalità in materia penale è enunciato all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – al quale la Corte di giustizia ha fatto un rapido riferimento³⁹⁷. Una presa in esame molto più ampia di tale aspetto era invece stata condotta dall'Avvocato generale, che aveva dato un particolare risalto alla Carta³⁹⁸, affermando con forza la necessità che questa fosse riconosciuta quale “strumento interpretativo di prim'ordine [..nella] piena consapevolezza che, se la tutela dei diritti fondamentali ha carattere imprescindibile nel pilastro comunitario, essa risulta altrettanto indispensabile nel terzo pilastro, settore capace di incidere, per la sua stessa natura e per il contenuto, sul nucleo della libertà personale, che è il presupposto di tutte le altre”³⁹⁹.

Già la dottrina si era precedentemente interrogata sulla compatibilità della disposizione all'art. 2 par. 2 con il diritto in esame⁴⁰⁰, in quanto la prima individua le 32 fattispecie di reato per le quali è abolita la doppia incriminazione in via generale, senza darne una qualificazione giuridica precisa. Tale compito viene invece lasciato ai singoli Stati, che possono portarlo a termine in modo parzialmente difforme l'uno dall'altro, mettendo così a rischio il principio della certezza del diritto. Proprio in ciò si esprime però il principio del mutuo riconoscimento⁴⁰¹, che, pur giungendo all'obiettivo della cooperazione, lascia liberi gli Stati di non armonizzare le differenti legislazioni, e rispetta quindi le diverse tradizioni giuridiche. Sembra che la Corte avesse in mente un ragionamento simile nel momento in cui ha ricordato che la decisione quadro si limita ad individuare categorie generali e sono invece gli Stati a dover garantire la salvaguardia del principio di legalità nel loro ordinamento riempiendo le categorie suddette di reati caratterizzati in modo

³⁹⁶ CGUE, *Advocaten voor de Wereld VZW*, cit.,

³⁹⁷ CGUE, *Advocaten voor de Wereld VZW*, cit., punto 46; ancora una volta tale riferimento che avviene prima dell'acquisizione di efficacia vincolante da parte della Carta, ne conferma l'influenza sul sistema giuridico e giudiziario dell'Unione ed esalta il contributo della Corte a tal fine

³⁹⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer del 12 settembre 2006, *Advocaten voor de Wereld VZW* cit., punti 76-79

³⁹⁹ Punto 79 delle conclusioni. L'Avvocato generale aveva concluso il ragionamento sottolineando come ciò avrebbe potuto metter fine alle contestazioni da parte dei giudizi nazionali in merito alla capacità delle istituzioni di Bruxelles di tutelare i diritti fondamentali (punto 80 delle conclusioni)

⁴⁰⁰ Si veda V. BAZZOCCHI, “Il mandato d'arresto europeo e le Corti supreme nazionali”, *op. cit.*, p. 676

⁴⁰¹ Sul punto I. VIARENGO, *op. cit.*, p. 144

chiaro e dettagliato⁴⁰². L'Avvocato Generale nelle sue conclusioni ha inoltre sottolineato la natura procedurale del mandato d'arresto, escludendone qualsiasi finalità punitiva, che renderebbe lo stesso soggetto al rispetto del principio di legalità⁴⁰³. La Corte, forse in modo poco lungimirante in quanto una chiara affermazione in questo senso avrebbe apportato un contributo convincente all'esito⁴⁰⁴, non ha però fatto un riferimento chiaro a tale aspetto⁴⁰⁵, né ha dato spazio al ragionamento impostato dall'Avvocato Generale sul ruolo e la posizione dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione – e quindi nella decisione quadro come parte di esso.

A sostegno della sentenza della Corte e della non violazione del principio di legalità da parte della decisione quadro va anche la constatazione, operata da parte della dottrina, del fatto che le categorie di reati individuate all'art. 2 par. 2 sia avvenuta comunque in base alla loro specificità e gravità della pena applicabile⁴⁰⁶ e, soprattutto, che la maggior parte di esse fosse già stata fatta oggetto di armonizzazione nell'ambito dell'Unione europea⁴⁰⁷ o a livello internazionale⁴⁰⁸. Si aggiunga a ciò che il mutuo riconoscimento dovrebbe favorire di per sé, come precedentemente espresso, il ravvicinamento delle legislazioni⁴⁰⁹, in mancanza del quale, però, rimane vivo il rischio che l'abolizione del controllo sulla doppia incriminazione conduca comunque a privilegiare il diritto penale più repressivo⁴¹⁰.

Ciò sta alla base della seconda parte della seconda domanda pregiudiziale posta dalla Cour d'Arbitrage belga alla Corte di giustizia che verteva, appunto, sulla incompatibilità della norma che abolisce parzialmente la doppia incriminazione con il principio di non discriminazione.

2.3.2. Il principio di non discriminazione

La particolare gravità dei reati per i quali la doppia incriminazione è stata abolita, è stata giudicata dalla Corte tale da arrecare all'ordine e alla sicurezza pubblici un pregiudizio che giustifica la

⁴⁰² CGUE, *Advocaten voor de Wereld VZW*, cit., punti 52, 53

⁴⁰³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer, *Advocaten voor de Wereld VZW* cit., punto 105

⁴⁰⁴ Si veda più ampiamente sul punto G. GATTINARA, *op. cit.*, p. 191

⁴⁰⁵ Si è infatti limitata ad affermare, al punto 52 che «La decisione quadro non è volta ad armonizzare i reati in questione per quanto riguarda i loro elementi costitutivi o le pene di cui sono corredate.»

⁴⁰⁶ DE BIOLLEY Serge, «Liberté et sécurité dans la construction de l'espace européen de justice pénale: cristallisation de la tension sous présidence belge», *op. cit.*, p. 181

⁴⁰⁷ Per un elenco esaustivo si veda V. BAZZOCCHI, «Il mandato d'arresto europeo e le Corti supreme nazionali», *op. cit.*, p. 677, nota 64

⁴⁰⁸ A. DAMATO, «Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano (II)», in *Il diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, n° 2, 2005 pp. 217-218; L. SALAZAR, «Il mandato d'arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle decisioni penali», *op. cit.*, p. 1048; posizione richiamata anche da G. GATTINARA, *op. cit.*, 192

⁴⁰⁹ che a sua volta facilita ulteriormente la cooperazione in un circolo potenzialmente virtuoso

⁴¹⁰ A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2004, p. 151

rinuncia all'obbligo di verifica⁴¹¹, e ha costituito anche la base che permette al giudice europeo di affermare che non vi è in ciò discriminazione. Proprio la gravità giustificherebbe oggettivamente il diverso trattamento, ovvero l'eliminazione della verifica della doppia incriminazione per le sole categorie di reati presenti nella lista⁴¹². Con riferimento poi al rischio di trattamento ineguale e quindi discriminatorio in relazione all'attuazione del mandato d'arresto nei diversi paesi (che sarebbe causata dall'indeterminatezza con la quale vengono indicate le 32 fattispecie all'interno della decisione quadro), la Corte ricorda ancora una volta che lo scopo dello stesso non è l'armonizzazione dei diritti penali nazionali⁴¹³.

Tale conclusione appare, soprattutto in presenza delle condizioni sopra ricordate di ravvicinamento delle legislazioni, pienamente condivisibile, ma la Corte ha dovuto affrontare un alto nodo riguardante la decisione quadro ed il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità (art. 18 TFUE), sollevato in relazione al motivo facoltativo di non esecuzione di cui all'art. 4 par. 6. Come preannunciato⁴¹⁴, a tale disposizione molti Stati si sono infatti appigliati per reintrodurre di fatto (spesso anche in ragione di vincoli costituzionali) la tradizionale clausola di rifiuto di consegna dei propri cittadini. Ciò ha dato origine a norme di attuazione suscettibili di violare il principio di non discriminazione e, quindi, a ricorsi alla Corte di giustizia.

La Corte ha affrontato la questione in tre diversi casi: *Kozłowski*⁴¹⁵, *Wolzenburg*⁴¹⁶ e *Lopes Da Silva Jorge*⁴¹⁷. I profili di potenziale contrasto, risultavano dai seguenti elementi: la legge di attuazione tedesca prevedeva l'inammissibilità della consegna per i cittadini tedeschi che non l'accettassero volontariamente mentre ne rimetteva la scelta all'autorità giudiziaria nel caso di cittadini di altri paesi; la legge di attuazione olandese aveva introdotto il possesso da parte dei non cittadini olandesi di un permesso di soggiorno di durata illimitata rilasciato dall'autorità statale dopo cinque anni di soggiorno quale requisito necessario per poter usufruire dell'opzione di rifiuto della consegna; la

⁴¹¹ CGUE, *Advocaten voor de Wereld VZW*, cit., punto 57

⁴¹² *Ibidem*, punto 58

⁴¹³ *Ibidem*, punto 59. La sentenza in esame presenta poi un ulteriore elemento di rilevanza. La Corte ha infatti affermato che ad essa spetta il controllo sulla validità della decisione quadro alla luce dei diritti fondamentali individuati sulla base dell'art. 6, sottraendo quindi tale controllo alla lenta procedura dell'art. 7, e ritagliandosi il ruolo di giudice esclusivo in merito agli atti sottoposti alla sua competenza in base agli artt. 35, 46 TUE pre-Lisbona; si veda più diffusamente G. GATTINARA, *op. cit.*, 196-199

⁴¹⁴ Si veda il paragrafo 1.2.1.

⁴¹⁵ CGUE, 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*, in Racc. 2008, p. I-6041 e segg.; per un commento si vedano F. KAUFF-GAZIN, "Mandat d'arrêt européen et renvoi préjudiciel", in *Europe*, ottobre 2008, n° 308, pp.17-18; E. SELVAGGI, "Mandato di arresto europeo: cosa si intende per "residente"", in *Cassazione penale*, 2008, pp. 4407-4410

⁴¹⁶ CGUE, 6 ottobre 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*, in Racc. 2009, p. I-9621 e segg.; per un commento breve si veda V. MICHEL, "Mandat d'arrêt et citoyenneté européenne", in *Europe*, dicembre 2009, n° 452, pp. 21-22

⁴¹⁷ CGUE, 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Lopes Da Silva Jorge*, non ancora pubblicata in Raccolta; per un commento alla sentenza ed una panoramica sull'evoluzione dell'atteggiamento della Corte in riferimento ai tre casi, si veda S. RIGHI, "Il caso *Lopes Da Silva Jorge*: il difficile equilibrio fra mandato d'arresto europeo e diritti fondamentali", in *Il diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, 2013, n° 4, pp. 857-883

legge di attuazione francese prevedeva la possibilità di far ricorso all'opzione di rifiuto della consegna solamente per i cittadini francesi.

Mentre la risoluzione del primo caso aveva reso superflua una pronuncia della Corte in merito a questo punto (anche se con un approccio più coraggioso essa avrebbe potuto cogliere l'occasione), nel caso *Wolzenburg*, a fronte della necessità dettata dal caso di specie e di una formulazione dei quesiti pregiudiziali maggiormente incentrata sul problema della tensione tra la norma nazionale ed il rispetto del principio di non discriminazione, la Corte ha affrontato l'argomento in modo diffuso. Essa ha innanzitutto riconosciuto e fortemente sostenuto la facoltà per il cittadino comunitario non cittadino olandese ma residente in Olanda di avvalersi dell' art. 12 par. 1 TCE⁴¹⁸ nei confronti di una normativa nazionale in attuazione di uno strumento dell'Unione, benché di (ex) terzo pilastro. Ciò in quanto – ha sostenuto la Corte⁴¹⁹ - “gli Stati membri non possono, nell'ambito dell'attuazione di una decisione quadro, recare pregiudizio al diritto comunitario, in particolare alle disposizioni del Trattato CE relative alla libertà riconosciuta a qualsiasi cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri”⁴²⁰.

Con riferimento poi alla disparità di trattamento tra cittadini dello Stato membro e cittadini di altri Stati dell'Unione, il giudice ha affermato che essa può sussistere in ragione del fatto che il principio in questione non ha portata assoluta, a condizione però che sia oggettivamente giustificata in relazione all'obiettivo perseguito dalla norma (identificato nel più agile reinserimento del condannato alla scadenza del periodo di pena comminato), proporzionata ad esso, e non ecceda quanto necessario per raggiungerlo⁴²¹. Il requisito di un soggiorno pari ad un minimo di cinque anni per i cittadini comunitari è stato considerato incontrare le tre condizioni: secondo la Corte tale durata temporale sarebbe infatti idonea a creare quel livello di attaccamento atto a giustificare, per garantire un reinserimento più agevole una volta esaurita la pena, il rifiuto di esecuzione del mandato.

La decisione della Corte, contraria su questo punto alla posizione espressa dall'Avvocato Generale⁴²², appare, in realtà, tradire la finalità della disposizione. Questa era stata riconosciuta, già in occasione del caso *Kozłowski*, tanto dalla Corte quanto dalla presa di posizione dell'Avvocato Generale Bot⁴²³, nell'individuazione delle migliori opportunità di reinserimento. Tale *ratio*

⁴¹⁸ Attuale art. 18 TFUE

⁴¹⁹ Esprimendo in questo caso un guizzo di quell'attitudine che ha storicamente caratterizzato le sue pronunce volta a proteggere e promuovere gli interessi dell'Unione e dell'integrazione

⁴²⁰ CGUE, *Wolzenburg, cit.*, punto 45. Con l'entrata in vigore del Trattato Lisbona e la soppressione della struttura in pilastri un problema simile non potrà più porsi in futuro.

⁴²¹ Il ragionamento si sviluppa dal punto 63 al punto 74 della sentenza *Wolzenburg, cit.*

⁴²² Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot del 24 marzo 2009, causa *Wolzenburg, cit.*, punti 54-58

⁴²³ Presa di posizione dell'Avvocato generale Yves Bot del 28 aprile 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*, in Racc. 2008, p. I-6041 e segg. (normalmente nell'ambito della procedura accelerata l'Avvocato generale è semplicemente “sentito”, ma

dovrebbe quindi costituire anche l'obiettivo sulla base del quale misurare l'intervento statale. L'individuazione delle migliori condizioni per il reinserimento richiedono, come individuato dall'Avvocato Generale Bot in merito ad entrambe le cause richiamate, una ponderazione caso per caso di un insieme di elementi; in questo modo è stata invece introdotta una fissa condizione asettica, che si esprime nella sola verifica della presenza di una condizione di durata⁴²⁴. Una parte della dottrina ha letto in tale scelta della Corte una mancanza di coraggio ed un atteggiamento deferente verso Stati membri, ancora profondamente restii ad abbandonare il divieto di consegna dei loro cittadini ed abbracciare pienamente la logica dello spazio giudiziario comune⁴²⁵; la conseguenza immediata di ciò è la limitazione al pieno dispiegarsi del mutuo riconoscimento, ma, soprattutto, la perdita dell'occasione di forzare gli Stati a fare quel passo in più che possa progressivamente portare nella direzione di un unico spazio di giustizia. E' stato però sostenuto in dottrina che un'interpretazione diversa della Corte in merito alla libertà degli Stati di porre limiti ai casi di rifiuto anche per motivazioni diverse dal reinserimento sarebbe stata *contra legem*, in quanto la lettera stessa dell' art. 4 par. 6 fa riferimento alla possibilità di rifiuto di consegna dei cittadini dello Stato di esecuzione⁴²⁶. Inoltre è stato argomentato⁴²⁷ che concetti che agiscono nel campo penale, e sono quindi suscettibili di avere un impatto considerevole sugli individui, non possono essere oggetto di definizioni differenti, lasciate all'analisi ed al giudizio caso per caso.

La Corte ha in parte rivisto la sua posizione con la sentenza *Lopes Da Silva Jorge*, ritenendo la legge francese discriminatoria in quanto, in ragione della diversa nazionalità, non permette alle autorità giudiziarie di apprezzare il livello di integrazione raggiunto dal ricercato sul territorio dello Stato ospitante, criterio decisivo per la decisione circa l'esecuzione o meno del mandato⁴²⁸. Tale discriminazione non è poi stata considerata giustificabile in ragione di una norma che lo Stato francese avrebbe potuto facilmente modificare e che impedirebbe, secondo lo Stato stesso, che cittadini di altri Stati scontino sul proprio territorio una pena comminata da un tribunale estero⁴²⁹.

«considerata la novità delle questioni poste dal giudice del rinvio e l'importanza che esse hanno», egli ha ritenuto necessario presentare le osservazioni per iscritto, punto 8 della Presa di posizione)

⁴²⁴ Per completezza va segnalato come in dottrina vi sia invece un'autorevole opinione che ravvisa nella decisione della Corte un «sostanziale accoglimento» (il virgolettato riprende le parole dell'autore) della posizione dell'Avvocato generale che, se può essere riscontrata negli altri aspetti della sentenza, ci si sente di escludere in riferimento alla questione in esame. Per una visione dell'opinione di sostanziale coincidenza tra le posizioni dell'Avvocato generale e della Corte, G. DE AMICIS, "Primi orientamenti della Corte di Giustizia sul mandato d'arresto europeo: verso una nomofilachia 'eurounitaria'?", in *Diritto penale e processo*, IPSOA, n° 8, 2011, pp. 124-125

⁴²⁵ E. SANFRUTOS CANO, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt "Wolzenburg" », in *Revue du droit de l'Union européenne*, n° 4, 2009, pp. 793-794; C. RIJKEN, "Rebalancing security and justice: protection of fundamental rights in police and judicial cooperation in criminal matters", in *Common Market Law Review*, vol. 47, 2010, p. 1476

⁴²⁶ C. RIJKEN, *op. cit.*, p. 1476

⁴²⁷ E. SANFRUTOS CANO, *op. cit.*, p. 793

⁴²⁸ CGUE, *Lopes Da Silva Jorge*, cit, punti 40, 41, 43

⁴²⁹ CGUE, *Lopes Da Silva Jorge*, cit, punti da 47 a 52

In quest'ambito rimane poi aperta un'altra questione, sulla quale la Corte non è per ora stata chiamata ad esprimersi, ma potrebbe presto esservi costretta. Si tratta dell'eventualità che il ricercato sia cittadino di uno Stato terzo: come potrebbe esso far valere, contro una legislazione nazionale di attuazione del mandato di arresto il diritto alla non discriminazione sulla base della nazionalità sancito dall'art. 18 TFUE, posto che questo è applicabile ai cittadini dell'Unione? In questo caso nemmeno la Carta potrebbe venire in aiuto, in quanto anch'essa, all'art. 21 riconduce tale principio all'ambito di applicazione dei Trattati. E' infatti vero che la libertà di circolazione è un diritto dell'Unione che si estende, a precise condizioni, a cittadini di Stati terzi, ma la clausola di non discriminazione sulla base della nazionalità si riferisce invece precipuamente ai cittadini dell'Unione⁴³⁰.

Concludendo, come già espresso in precedenza, le carenze individuate nel corso dell'analisi possono essere ricondotte al fatto che il legislatore ha dato per assunte tutte le garanzie menzionate in ragione dell'art. 6 TUE e dello standard di protezione dei diritti che esso esprime – giuridicamente coadiuvato, dall'adozione del Trattato di Lisbona, dalla Carta. Se è vero che esso è necessariamente osservato da tutti gli Stati membri dell'Unione, è però anche già stato ricordato come una violazione puntuale di tale *standard* non sia facilmente contrastabile⁴³¹ (inoltre, seguendo tale ragionamento in modo lineare, non sarebbe stato necessario menzionare alcun diritto). E' invece chiaro che il riferimento all'art. 6 TUE (operato in più punti della motivazione ed all'art 1 par. 3) non è sufficiente, come non è sufficiente quello al diritto interno degli Stati membri, che, nell'applicare una disposizione procedurale di origine “esterna” con finalità di consegna del ricercato –anche se mediata dalla legge di recepimento nazionale- sono più facilmente portati ad soprassedere su specifici aspetti legati ai diritti di quest'ultimo. La situazione risulta poi ancora più grave se si pensa che, nei fatti, ancora oggi molti paesi membri dell'UE dimostrano di non aver completamente acquisito nei proprio ordinamenti tutte le garanzie sopra ricordate, o di assicurarle in maniera parziale e secondo idee diverse⁴³². In questi casi, le omissioni del legislatore europeo, in mancanza di altri strumenti adottati dall'Unione finalizzati a garantire i diritti citati, determinano quale unica opportunità per far valere tali diritti da parte degli individui il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo⁴³³. Ciò può però avvenire solo dopo che si sia già realizzata una presunta

⁴³⁰ Si veda, in modo più approfondito, S. RIGHI, “Il caso *Lopes Da Silva Jorge*: il difficile equilibrio fra mandato d'arresto europeo e diritti fondamentali”, *précité*, pp. 883-885

⁴³¹ Si veda il paragrafo 1.2.2.

⁴³² Sugli aspetti interni agli Stati si veda più diffusamente M. FICHERA, *The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: law, policy and practice*, *op. cit.*, pp. 180-182

⁴³³ Con conseguente discredito nei confronti di quell'immagine di garante dei diritti fondamentali che l'Unione, anche e soprattutto grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia, da sempre si sforza di dare

violazione, ed una volta esperite tutte le vie di ricorso interne; tale sistema non si rivela quindi efficiente al fine di prevenire le violazioni ed assicurare il rispetto uniforme dei diritti.

Preoccupazione per una scarsa (se non insufficiente) presa in conto degli aspetti legati alla salvaguardia dei diritti fondamentali nell'articolato della decisione quadro è stata espressa anche dalle istituzioni dell'Unione. L'esigenza di monitorare il rispetto dei diritti e delle libertà individuali in relazione all'applicazione del mandato d'arresto era stata sottolineata nel 2006 dal Parlamento europeo⁴³⁴, ed è stata recentemente ripresa e rimarcata dalla Commissione. Questa, nella sua ultima relazione sull'attuazione della decisione quadro del 2011⁴³⁵, ha indicato la necessità di supportare le disposizioni repressive delle norme di mutuo riconoscimento con l'adozione di strumenti che uniformino una serie di diritti procedurali a livello dell'Unione, sulla scorta della *roadmap* sui diritti procedurali adottata dal Consiglio il 30 novembre 2009⁴³⁶.

Sezione 2. Gli strumenti concernenti le prove di reato

Con riferimento invece all'assistenza giudiziaria volta alla raccolta di prove, le decisioni quadro adottate sono due: una prima⁴³⁷ sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di blocco o sequestro probatorio⁴³⁸ ed il mandato europeo di ricerca della prova⁴³⁹. Queste avevano vocazione a dare esecuzione a corrispondenti misure per la quali il Programma di attuazione del principio di mutuo riconoscimento del 2000 aveva indicato il massimo grado di priorità⁴⁴⁰ per rendere possibile la raccolta delle prove su tutto il territorio UE. Esse rappresentano quindi il primo passo verso il raggiungimento della "libera circolazione degli elementi di prova" all'interno dell'Unione⁴⁴¹.

L'importanza che siffatte misure ricoprono per la lotta alla criminalità organizzata, che si caratterizza per attività dal carattere sempre più transnazionale, fa sì che siano meritevoli di

⁴³⁴ Parlamento europeo, Raccomandazione 2005/2175(INI) destinata al Consiglio sulla valutazione del mandato d'arresto europeo GU C 291E del 30.11.2006

⁴³⁵ Relazione della Commissione COM(2011) 175 def., *cit.*, pp. 5-7

⁴³⁶ Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009. GU C 295 del 4.12.2009; su tale argomento si tornerà diffusamente nel capitolo 3

⁴³⁷ che si può in realtà porre a cavallo delle due aree

⁴³⁸ Decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, GU L 196 del 2.8.2003

⁴³⁹ Decisione quadro 2008/978/GAI del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, GU L 350 del 30.12.2008

⁴⁴⁰ Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, misure n° 5-6

⁴⁴¹ V. MITSILEGAS, "The third wave of third pillar law: which direction for EU criminal justice?", *op. cit.*, p. 538

un'analisi particolare, che si effettuerà principalmente tramite il confronto con le novità introdotte dal mandato d'arresto europeo.

Cominciando dalla prima delle due decisioni quadro, essa ha lo scopo di assicurare il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie per far sì che potenziali elementi di prova non spariscano prima del loro trasferimento nello Stato in cui si intende istruire il processo, ma non si occupa minimamente di regolamentare il trasferimento stesso⁴⁴². Tale caratteristica rende lo strumento molto simile ad altre decisioni quadro adottate in materia, e molto poco innovativa ed interessante; sposta quindi l'interesse al fine del presente studio principalmente sul secondo strumento indicato: il mandato europeo di ricerca della prova⁴⁴³.

1. Il mandato europeo di ricerca delle prove: uno strumento inefficace

Il mandato europeo di ricerca delle prove rappresenta il secondo importante strumento di mutuo riconoscimento, o per lo meno tale avrebbe dovuto essere secondo le aspettative e per l'ambito che va a regolamentare. Questo è stato adottato al termine di un lungo e travagliato⁴⁴⁴ iter legislativo, iniziato nel 2003 con la proposta della Commissione⁴⁴⁵ e conclusosi nel 2008. Le difficoltà incontrate per giungere al compromesso e le resistenze di gruppi di Stati su diversi punti sono riflesse nel testo, che non è infatti stato accolto con favore dalla letteratura⁴⁴⁶.

In primis, le negoziazioni hanno snaturato lo scopo individuato dalla stessa iniziativa della Commissione, ovvero la sostituzione *in toto* degli altri strumenti atti ad assicurare l'assistenza giudiziaria nell'ambito in esame, in altre parole il sistema delle rogatorie. Gli Stati membri hanno infatti insistito per assommare la decisione quadro in discussione agli altri strumenti esistenti in

⁴⁴² Si veda H. SATZGER e F. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 357; il 12 marzo del 2012, inoltre, la Commissione ha presentato una proposta di direttiva, COM(2012) 85 def. relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea del 12.3.2012

⁴⁴³ Per un'analisi approfondita della decisione quadro si veda P. DE HERT P., K. WEIS, X. CLOOSEN, "The Framework Decision of 18 December 2008 on the European Evidence Warrant for the purpose of obtaining objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters - A critical assessment", in *New Journal of European Criminal Law*, 2009, pp. 55-78

⁴⁴⁴ V. MITSILEGAS, "The third wave of third pillar law: which direction for EU criminal justice?", *op. cit.*, p. 538, P. DE HERT, K. WEIS, X. CLOOSEN, *op. cit.*, pp. 56-58

⁴⁴⁵ Commissione europea, Proposta di decisione quadro COM(2003) 688 def., relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, del 14.11.2003

⁴⁴⁶ Oltre ai due riferimenti bibliografici sopra riportati, si veda anche H. SATZGER e F. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 358

materia⁴⁴⁷, determinando così un sovraffollamento che ha complicato il lavoro delle autorità senza apportare un reale miglioramento all'assistenza giudiziaria⁴⁴⁸.

Emerge quindi conseguentemente il primo elemento di criticità della misura in esame: la ristrettezza dell'ambito di applicazione. Esso viene infatti circoscritto negativamente, escludendo una lunga lista di elementi di prova (oggetti, documenti o dati) da quelli che le autorità possono essere incaricate di procurare mediante un intervento sul campo⁴⁴⁹. Rimane di fatto esclusa da tale lunga lista solamente la raccolta di prove tramite perquisizione domestica⁴⁵⁰; va evidenziato in proposito che non è presente alcuna disposizione di richiamo ai diritti dell'interessato in relazione all'esecuzione di un mandato di ricerca che richieda l'utilizzo di mezzi coercitivi. A questo proposito non è stata mantenuta nella versione definitiva quanto proposto in merito dalla Commissione, che aveva previsto l'introduzione del diritto all'informazione, nonché il diritto della persona interessata a non produrre elementi atti a determinare un'autoincriminatione⁴⁵¹.

Tutti gli altri elementi possono essere oggetto di un mandato solo se già in possesso delle autorità di esecuzione⁴⁵²; in caso contrario la loro richiesta e trasmissione rimane regolata dagli altri strumenti di assistenza giudiziaria. Fanno eccezione unicamente gli elementi che vengano alla luce durante l'esecuzione del mandato stesso e siano ritenuti pertinenti al procedimento che ha dato origine al mandato⁴⁵³, e le dichiarazioni di persone presenti all'atto dell'esecuzione e direttamente collegate all'oggetto dello stesso (raccolte conformemente alle regole dello Stato di esecuzione)⁴⁵⁴.

Il fatto che il mandato di ricerca della prova concerna principalmente elementi già in possesso delle autorità, non rende comunque immune la sua applicazione da rischi per la salvaguardia dei diritti delle persone coinvolte. In assenza di standard e procedure comuni, è infatti possibile che si realizzino situazioni per cui il reperimento degli elementi di prova sia avvenuto secondo modalità che non sarebbero ritenute adeguate nello Stato di emissione del mandato. E' il caso, soprattutto, della mancanza del diritto all'assistenza da parte di un legale durante gli interrogatori di polizia che

⁴⁴⁷ Si tratta della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, firmata a Strasburgo il 20 aprile 1952 (nel quadro del Consiglio d'Europa) ed i suoi Protocolli addizionali del 1978 e del 2001; della CAAS del 1990 e della Convenzione europea del 29 maggio 2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, GU C 197 del 12.07.2000

⁴⁴⁸ P. DE HERT, K. WEIS, X. CLOOSEN, *op. cit.*, p. 60

⁴⁴⁹ Art. 4.2 della decisione quadro 2008/978/GAI

⁴⁵⁰ C. RIJKEN, *op. cit.*, p. 1477

⁴⁵¹ Commissione europea, Proposta di decisione quadro COM(2003) 688 def.

⁴⁵² Art. 4.4 della decisione quadro 2008/978/GAI, ad esclusione dello scambio di informazioni sulle condanne penali estratte dai casellari giudiziari, che è comunque effettuato ai sensi della decisione 2005/876/GAI del Consiglio, del 21 novembre 2005, relativa allo scambio di informazioni estratte dal casellario giudiziario, GU L 322 del 9.12.2005 (l'art. 4.3 della decisione quadro 2008/978/GAI)

⁴⁵³ Art. 4.5 della decisione quadro 2008/978/GAI

⁴⁵⁴ Art. 4.6 della decisione quadro 2008/978/GAI

caratterizza il sistema inglese⁴⁵⁵. Risulta quindi evidente che il valore aggiunto dello strumento sia altamente opinabile⁴⁵⁶.

Un altro nodo critico concerne l'identificazione dei soggetti che possono emettere il mandato; il problema nasce dal fatto che in alcuni Stati il termine "autorità giudiziarie" può arrivare ad includere, in relazione al tipo di decisioni in esame, anche, ad esempio, autorità di polizia⁴⁵⁷. Il compromesso raggiunto in sede di negoziazione in Consiglio, che si è discostato dalla proposta della Commissione⁴⁵⁸ e non ha tenuto conto del parere espresso dal Parlamento⁴⁵⁹, ha ricompreso tra le autorità autorizzate anche "qualsiasi altra autorità giudiziaria"⁴⁶⁰ definita dallo Stato di emissione che, nel caso specifico, agisca nella sua qualità di autorità inquirente nei procedimenti penali e sia competente a ordinare l'acquisizione dei mezzi di prova nei casi transfrontalieri in base alla legislazione nazionale"⁴⁶¹. Nel caso in cui il mandato implichi il ricorso a misure coercitive è stata introdotta una sorta di eccezione, quale garanzia per l'autorità di esecuzione, consistente nell'opportunità per essa di "non disporre la perquisizione o il sequestro ai fini dell'esecuzione del MER"⁴⁶². Va sottolineato come siffatta disposizione rappresenti poca cosa, soprattutto in relazione alla salvaguardia dei diritti degli individui coinvolti.

Se infatti la *ratio* della scelta di allargare il novero delle autorità competenti⁴⁶³ è molto chiara, non risulta però altrettanto chiaramente condivisibile, in quanto una decisione come quella in oggetto, quando emanata da un organo di polizia, non presenta necessariamente le stesse garanzie in termini di controllo sulla stessa. Una disposizione che offre agli individui un *quid* di garanzia circa un aspetto della legittimità dell'emissione di un mandato di ricerca è quella prevista all'art. 7 che introduce il criterio di proporzionalità e, soprattutto, prevede che il mandato debba essere emesso alle stesse condizioni di una ricerca della prova sul territorio nazionale. Quest'ultima condizione serve, infatti, ad evitare che il mandato di ricerca venga usato per aggirare limitazioni nazionali come ad esempio le norme sul segreto professionale; in assenza di tale garanzia emergerebbero infatti anche le premesse per una ricerca del sistema più repressivo.

⁴⁵⁵ P. DE HERT, K. WEIS, X. CLOOSEN, *op. cit.*, p. 69

⁴⁵⁶ V. MITSILEGAS, "The third wave of third pillar law: which direction for EU criminal justice?", *op. cit.*, p. 539

⁴⁵⁷ E' questo il caso della Danimarca

⁴⁵⁸ Commissione europea, Proposta di decisione quadro COM(2003) 688 def.

documenti e dati da utilizzare a fini probatori nei procedimenti penali

⁴⁵⁹ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 21.10.2008 sulla proposta di decisione quadro del Consiglio relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, P6_TA(2008)0486, GU C 15/E del 21.1.2010

⁴⁶⁰ Diversa da giudice, organo giurisdizionale, magistrato inquirente o pubblico ministero

⁴⁶¹ Art. 2.c.ii della decisione quadro 2008/978/GAI

⁴⁶² Art. 11.4 della decisione quadro 2008/978/GAI

⁴⁶³ Quella di prendere in conto le diverse tradizioni nazionali

La lista dei 32 reati individuata nel mandato d'arresto è stata mantenuta, e, in più, per i mandati di ricerca che non implicano l'uso di mezzi coercitivi l'abolizione del controllo sulla doppia incriminazione è stata estesa a tutti i reati. Allo stesso tempo, però, la Germania si è riservata, per il tramite di una Dichiarazione annessa alla decisione quadro, il diritto di reintrodurre tale controllo, nel caso di mandati che richiedano una perquisizione o un sequestro, anche per sei⁴⁶⁴ dei 32 reati presenti nella lista richiamata (a meno che il reato in questione risponda, nello Stato di emissione, ai criteri fissati nella Dichiarazione stessa). Si ripropongono quindi le considerazioni legate alla certezza del diritto ed alla non discriminazione, già espresse in merito.

Passando poi ai motivi di non esecuzione, alcuni di essi sono necessariamente diversi da quelli individuati per il mandato di arresto europeo, ma la decisione quadro 2008/978/GAI non supera quello -presente anche nel mandato d'arresto- attinente alla clausola di territorialità⁴⁶⁵ che va chiaramente nella direzione di ostacolare il mutuo riconoscimento, come rimarcato dal Parlamento europeo⁴⁶⁶. A tale motivo di rifiuto che era, ancora una volta, assente nella proposta della Commissione⁴⁶⁷ se ne aggiunge poi un altro – la cui *ratio* era invece assente nel mandato d'arresto - che richiama la sicurezza nazionale e l'eventualità che le informazioni richieste la mettano in pericolo⁴⁶⁸. Coerentemente con quanto espresso precedentemente in riferimento al controllo sulla doppia incriminazione, la possibilità di opporre rifiuto all'esecuzione del mandato di ricerca è introdotta solo con riferimento ai mandati che implicano l'uso di mezzi coercitivi⁴⁶⁹. In caso contrario l'esecuzione del mandato non può essere rifiutata. Se da un lato questo rappresenta sicuramente un passo in avanti sul cammino del mutuo riconoscimento, al tempo stesso determina, in mancanza di una sostanziale condivisione di fondo a livello dell'Unione sulle condotte che costituiscono reato, situazioni che possono risultare difficili, anche e soprattutto da un punto di vista etico. Questo è, ad esempio, il caso dell'eutanasia e dell'aborto: uno Stato che non li considera reato penale potrebbe infatti essere costretto ad eseguire un mandato di ricerca e contribuire quindi ad istruire un processo penale in un altro Stato che inserisce gli stessi tra le condotte penalmente rilevanti⁴⁷⁰.

E' già emerso come in materia di salvaguardia di diritti e libertà individuali, il mandato di ricerca delle prove presenti grandi lacune e, ad un confronto con il mandato d'arresto in merito alle disposizioni a ciò dedicate, si possono addirittura notare alcuni peggioramenti.

⁴⁶⁴ Si tratta di terrorismo, criminalità informatica, razzismo e xenofobia, sabotaggio, racket ed estorsione, truffa

⁴⁶⁵ Art. 13.1.f della decisione quadro 2008/978/GAI

⁴⁶⁶ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo, P6_TA(2008)0486

⁴⁶⁷ Commissione europea, Proposta di decisione quadro COM(2003) 688 def.

⁴⁶⁸ Art. 13.1.g della decisione quadro 2008/978/GAI

⁴⁶⁹ Ai quali si applicano comunque i debiti distinguo sopra richiamati

⁴⁷⁰ P. DE HERT, K. WEIS, X. CLOOSEN, *op. cit.*, p. 71-72

Partendo dalla motivazione, si nota come il considerando n° 27, che ripropone la formulazione già presente nel mandato d'arresto⁴⁷¹, sia l'unico a richiamarsi ai diritti fondamentali ed al rispetto di essi da parte della decisione quadro e della sua applicazione con particolare riferimento al principio di non discriminazione. Infatti qualora sia ritenuto, sulla base di elementi oggettivi, che il mandato sia stato emesso per un fine che viola tale principio "nessun elemento della presente decisione quadro può essere interpretato nel senso che non sia consentito rifiutare di eseguire un MER".

Tale scarsità si ripete nell'articolato, il quale richiama all'ultimo comma dell'art. 1 il fatto che l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali sanciti dall'art. 6 TUE non viene modificato dallo strumento in esame. Questo rappresenta però l'unico riferimento esplicito alla tutela dei diritti fondamentali, in quanto ancora una volta la violazione degli stessi non è stata indicata tra le cause di rifiuto di esecuzione del mandato. Continua poi a non essere prevista alcuna tutela particolare per soggetti deboli come i minori, ma è anche venuto meno qualsiasi articolo espressamente dedicato alla tutela dei diritti dell'individuo interessato, tanto colui nei confronti del quale è stato istruito il processo, quanto gli individui interessati dall'atto stesso della raccolta degli elementi di prova (con l'insufficiente eccezione di un articolo dedicato ai mezzi d'impugnazione del mandato).

Con riferimento alle norme attinenti al giusto processo, il mandato di ricerca della prova risulta più deficitario del suo predecessore. E' stato preannunciato che, ad esclusione dell'art. 18 sui mezzi d'impugnazione che verrà discusso a breve, non è prevista alcuna clausola dedicata ai diritti dell'interessato ed è inoltre scomparso il riferimento alle normative nazionali concernenti il giusto processo, che erano richiamate al considerando n° 12 del mandato d'arresto. Come già evidenziato, i diritti della difesa sono poi messi necessariamente in tensione dal fatto che non esistono regole uniformi a livello europeo per la raccolta delle prove.

E' vero però che alcune disposizioni richiamano aspetti legati alle garanzie del giusto processo. In particolare l'art. 18 della decisione quadro è dedicato ai mezzi d'impugnazione. Questo prevede che gli Stati adottino "le disposizioni necessarie per assicurare che ogni soggetto interessato, compresi i terzi in buona fede, disponga di mezzi d'impugnazione, a tutela dei propri legittimi interessi". A salvaguardia del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, poi, al comma terzo la stessa specifica che gli Stati sono chiamati ad assicurare che i termini temporali previsti per l'impugnazione siano atti ad assicurare effettivamente tale possibilità. In questo senso viene anche richiamato l'obbligo degli Stati a fornire agli interessati le informazioni circa la loro possibilità di esperire ricorso. Non sembra però esagerato affermare che l'impianto descritto possa essere in parte vanificato da quanto espresso al comma sesto dello stesso articolo 18. Esso prevede infatti che gli Stati *possano*

⁴⁷¹ Considerando n° 12 della Decisione quadro 2008/978/GAI del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, GU L 350 del 30.12.2008

sospendere il trasferimento degli elementi di prova in attesa degli esiti in caso di impugnazione del mandato, ma non vi è alcun obbligo in questo senso. Tale aspetto può chiaramente determinare la violazione dei diritti di colui che sia interessato dal processo per il quale tali elementi siano stati richiesti. Con riferimento poi al principio della durata ragionevole del processo all'origine del mandato, sono importanti i termini brevi indicati per l'esecuzione (o il rifiuto) del mandato, ma, come per il mandato d'arresto, è criticabile il fatto che non venga indicata chiaramente la possibilità di sanzionare le autorità di esecuzione in caso di non giustificato rispetto degli stessi⁴⁷². L'unico riferimento al diritto al risarcimento nel caso di violazione di diritti degli individui interessati da parte dello Stato di esecuzione del mandato è estrapolabile dall'art. 19 della decisione quadro, che prevede che lo Stato emittente debba risarcire il primo⁴⁷³ ma tale indiretto riferimento non è sicuramente sufficiente. Infine si nota che il principio del *ne bis in idem* è passato da motivo di rifiuto obbligatorio dell'esecuzione del mandato⁴⁷⁴ a motivo facoltativo.

Gi elementi sopra riportati mostrano come le esigenze legate al giusto processo non vengano assicurate in modo sufficiente né sufficientemente chiaro dalla decisione quadro. Tale opinione è stata espressa anche dal Parlamento, che, ritenendo necessario fissare in modo esplicito almeno un livello minimo di garanzie procedurali, aveva proposto l'introduzione di un articolo *ad hoc*: “L'utilizzo, nel quadro di procedure penali ulteriori, di elementi di prova raccolti conformemente alla presente decisione quadro, non può pregiudicare in nessun caso i diritti della difesa. Questi ultimi devono essere pienamente rispettati, in particolare dal punto di vista dell'ammissibilità degli elementi di prova, dell'obbligo di fornire tali elementi alla difesa e del diritto per la difesa di contestarli.”⁴⁷⁵. Nel parere del Parlamento, a tale comma ne seguivano altri che avevano lo scopo di fornire al singolo garanzie chiare nel caso di perquisizioni volte al sequestro di mezzi di prova, ma né il primo né i secondi sono stati inseriti nella versione definitiva del testo.

Passando alla sfera dei diritti che attengono alla vita privata ed alla protezione dei dati personali, la già citata assenza di garanzie con riferimento alle perquisizioni domiciliari genera un'importante tensione con il diritto alla vita privata degli individui⁴⁷⁶ che è sancito all'art. 7 della Carta. Tale tensione è evidente alla luce del dettato di tale articolo che contempla espressamente il diritto di ogni persona al rispetto del proprio domicilio. La decisione quadro è poi deficitaria in modo evidente anche sotto il profilo del diritto alla protezione dei dati personali (art. 8 della Carta ed art. 16 TFUE⁴⁷⁷), i quali costituiscono ragionevolmente una componente importante degli elementi

⁴⁷² Tale mancanza si riscontra anche nella decisione quadro sul mandato d'arresto

⁴⁷³ “tranne se e nella misura in cui il danno o parte di esso è imputabile alla condotta dello Stato di esecuzione”

⁴⁷⁴ Come era nel mandato d'arresto

⁴⁷⁵ Art. 17 bis della Risoluzione legislativa del Parlamento europeo, P6_TA(2008)0486

⁴⁷⁶ C. RIJKEN, *op. cit.*, p. 1477

⁴⁷⁷ Tale diritto sarà l'oggetto di un'ampia analisi nel capitolo 4

oggetto del mandato di ricerca delle prove. Un primo riferimento è presente al considerando n° 24, che, in modo generale, afferma che i dati trattati nell'ambito dell'applicazione dello strumento verranno protetti in conformità agli strumenti pertinenti, e cita poi la Convenzione del Consiglio d'Europa del 1981 e la pertinente disposizione della Convenzione UE relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale del 2000. Passando poi all'analisi dell'articolato, l'art. 10 sulle condizioni relative all'utilizzo dei dati a carattere personale presenta gravi lacune, opinione condivisa dal Parlamento, che aveva proposto al riguardo un emendamento conciso ma allo stesso tempo particolarmente completo⁴⁷⁸. Nel testo adottato non vi è infatti traccia di tutti quei diritti intimamente legati al diritto alla protezione dei dati personali quali l'accessibilità agli stessi, il diritto alla loro modifica, cancellazione e ed il diritto al ricorso in caso di violazione di uno dei citati aspetti. Infine, a questo proposito, sembra di poter affermare che poiché l'adozione del mandato di ricerca è successiva, anche se di poco, a quella della decisione quadro sulla protezione dei dati personali in materia di cooperazione di polizia e giudiziaria in ambito penale⁴⁷⁹, un esplicito riferimento alla stessa sarebbe stato utile e doveroso.

Grande assente nell'articolato dello strumento in esame è infine, accanto alle norme sulla salvaguardia dei diritti fondamentali, la questione dell'ammissibilità delle prove così raccolte nell'ambito dei diversi sistemi giuridici nazionali. Tale aspetto, che risulta particolarmente problematico e centrale per la realizzazione di una reale "libera circolazione delle prove" non è stato minimamente affrontato, né vi sono altri strumenti dedicati che realizzino un qualche ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri⁴⁸⁰, che continuano dunque ad agire in maniera totalmente autonoma.

Dall'analisi condotta in merito alla decisione quadro del mandato europeo di ricerca della prova emerge come esso non rappresenti un grande successo né dal punto di vista della sua concreta utilità, né sotto il profilo della salvaguardia dei diritti. A riprova di ciò, esso sarà probabilmente sostituito a breve da un nuovo atto dell'Unione, che dovrebbe andare a sostituire tutti gli strumenti presenti al momento nell'ambito in esame. Si tratta della proposta⁴⁸¹ di direttiva sull'ordine europeo di indagine penale, ed un esame della stessa ad oggi in discussione cercherà, in coda alla presente sezione, di verificare quanto, alla luce delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona in ambito di

⁴⁷⁸ Art. 17 bis, Risoluzione legislativa del Parlamento europeo, P6_TA(2008)0486

⁴⁷⁹ Decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, GU L350 del 30.12.2008; su tale decisione quadro si veda, approfonditamente, il capitolo 4

⁴⁸⁰ Si veda V. MITSILEGAS, "The third wave of third pillar law: which direction for EU criminal justice?", *op. cit.*, p. 538-539; DE HERT, K. WEIS, X. CLOOSEN, *op. cit.*, p. 68

⁴⁸¹ Iniziativa del Regno del Belgio, della Repubblica di Bulgaria, della Repubblica di Estonia, del Regno di Spagna, della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Slovenia e del Regno di Svezia per una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'ordine europeo di indagine penale, 2010/C 165/02, GU C 165 del 24.06.2010

cooperazione giudiziaria penale e di salvaguardia dei diritti fondamentali, essa prometta di risolvere le criticità evidenziate.

2. La proposta di direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: il sistema post-Lisbona alla prova dei fatti

Il Programma di attuazione del principio di mutuo riconoscimento del 2000⁴⁸² aveva posto tra le sue priorità l'adozione di strumento che permettesse la raccolta delle prove su tutto il territorio dell'Unione, in modo da adeguare l'azione di contrasto al crimine allo sviluppo delle stesse attività criminali, e da favorire l'emersione di un reale spazio comune di giustizia. A tale raccomandazione era seguita l'adozione di due decisioni quadro, la prima sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di blocco o sequestro probatorio⁴⁸³ a cui era appunto seguita quella sul mandato europeo di ricerca della prova⁴⁸⁴. L'incompletezza della disciplina dell'ambito in esame ad opera degli stessi - che necessitavano infatti dell'integrazione fornita tanto dal diritto dell'Unione quanto dalle fonti di diritto internazionale rilevanti - hanno determinato un nuovo richiamo anche nel programma di Stoccolma. In quest'ultimo il Consiglio europeo, di fronte alla frammentarietà del panorama, invitava la Commissione a presentare una proposta circa l'adozione di un sistema unico - il più comprensivo possibile e che andasse a sostituire "tutti gli strumenti esistenti nel settore" - per l'acquisizione di prove nei casi a carattere transnazionale; accanto a ciò, la Commissione veniva richiamata ad affrontare la questione dell'ammissibilità di tali prove nei diversi sistemi giudiziari⁴⁸⁵.

⁴⁸² Programma di misure per l'attuazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali, adottato il 24 novembre 2000, GU L 12 del 15.1.2001; questo ha seguito la Comunicazione della Commissione COM(2000) 495 def. al Consiglio e al Parlamento europeo, Reciproco riconoscimento delle decisioni definitive in materia penale, del 26.7.2000, che, a sua volta, riprendeva le Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999

⁴⁸³ Decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, GU L 196 del 2.8.2003

⁴⁸⁴ Decisione quadro 2008/978/GAI del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, GU L 350 del 30.12.2008

⁴⁸⁵ Consiglio europeo, Programma di Stoccolma, adottato in data 10-11 dicembre 2009, GU C 115 del 04.05.2010, p. 12, punto 3.1.1. Contestualmente il Consiglio europeo invitava la Commissione anche a determinare se e come alcune misure investigative potessero essere condotte congiuntamente da autorità dello Stato richiedente e dello Stato di esecuzione nel quadro dell'art. 89 TFUE. Come si vedrà meglio in seguito, il risultato di tale idea trova riscontro effettivo nel testo della proposta di mandato europeo di indagine penale - la misura attualmente discussa e che dovrebbe rappresentare lo strumento richiesto - ma la base giuridica scelta non è quella che era stata indicata.

In seguito a tali indicazioni, la Commissione ha prontamente pubblicato un Libro verde⁴⁸⁶ ed ha dato il via ad un processo di consultazione, destinato però a non giungere mai a compimento. Nell'aprile del 2010, infatti, un gruppo composto da sette Stati membri ha avanzato una proposta di direttiva per un ordine europeo di indagine penale⁴⁸⁷. Questo ha vocazione a sostituire, in riferimento alle disposizioni corrispondenti, tutti gli strumenti che attualmente concorrono a disciplinare la materia: la Convenzione europea di assistenza giudiziaria elaborata nel 1959 in ambito di Consiglio d'Europa (e relativi Protocolli addizionali)⁴⁸⁸, la Convenzione di applicazione degli Accordi di Schengen, la Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria tra Stati membri dell'U.E. del 2000 (e relativo Protocollo addizionale)⁴⁸⁹ e, infine, la decisione quadro 2003/577/GAI⁴⁹⁰. A questi si aggiungerebbe l'abrogazione completa della decisione quadro sul mandato europeo di ricerca della prova, come esplicitamente previsto nell'articolato della proposta di direttiva⁴⁹¹.

L'ordine europeo di indagine penale dovrebbe quindi essere una decisione giudiziaria volta ad ottenere, in altro Stato membro, l'attuazione di una misura investigativa al fine di raccogliere un elemento di prova al fine di utilizzarlo in un processo penale o in un procedimento che possa condurre ad un processo davanti ad un giudice con competenza penale⁴⁹².

L'interesse per la direttiva deriva anche dal fatto che costituirebbe il primo strumento di mutuo riconoscimento a finalità repressiva di rilievo adottato nel quadro istituzionale introdotto dal Trattato di Lisbona. Ciò implica non solo partecipazione piena ed attiva del Parlamento al processo legislativo, ma anche valore giuridicamente vincolante della Carta. Inoltre, come verrà evidenziato nel prossimo capitolo, l'aspetto della garanzie legate alla cooperazione giudiziaria penale ha

⁴⁸⁶ Commissione europea, Libro verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati membri e sulla garanzia della loro ammissibilità, COM(2009) 624 def., dell'11.11.2009

⁴⁸⁷ Iniziativa del Regno del Belgio, della Repubblica di Bulgaria, della Repubblica di Estonia, del Regno di Spagna, della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Slovenia e del Regno di Svezia per una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'ordine europeo di indagine penale, (2010/C 165/02), GU C 165 del 24.06.2010; per un'analisi del testo iniziale della proposta si veda M. R. MARCHETTI, "Dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione europea al mandato europeo di ricerca delle prove e all'ordine europeo di indagine penale", in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 161-167; S. PEERS, *The proposed European Investigation Order: assault on human rights and national sovereignty*, Statewatch analysis, maggio 2010, accessibile all'indirizzo: <http://www.statewatch.org/analyses/no-96-european-investigation-order.pdf>

⁴⁸⁸ Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, firmata a Strasburgo il 20 aprile 1952 (nel quadro del Consiglio d'Europa) ed i suoi Protocolli addizionali del 1978 e del 2001

⁴⁸⁹ Convenzione europea del 29 maggio 2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, GU C 197 del 12.07.2000 ed il suo Protocollo addizionale del 2001

⁴⁹⁰ Decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, GU L 196 del 02.08.2003

⁴⁹¹ Art. 29 dell'iniziativa per una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'ordine europeo di indagine penale, (2010/C 165/02)

⁴⁹² Art. 1 e art. 3 dell'orientamento generale del Consiglio, doc. 18918/11, del 21.12.2011

assunto, con l'introduzione di una base giuridica *ad hoc* (art. 82), una crescente importanza, fattore che si auspicherebbe veder riflesso anche negli strumenti a finalità repressiva.

Verrà quindi inizialmente condotta la presentazione dei punti più controversi ed innovativi della proposta di direttiva, prima di passare alla verifica della sua sostenibilità sul fronte della salvaguardia di diritti e libertà fondamentali.

2.1. Luci ed ombre della proposta: una prima valutazione

Nonostante le potenziali novità offerte dal quadro istituzionale, l'impostazione della proposta di direttiva ricalca sostanzialmente il modello, ormai consolidato, inaugurato con il mandato d'arresto. Questo prevede l'introduzione di un modulo uniforme per la richiesta, comunicazione diretta tra autorità competenti, tempi ristretti di esecuzione, circostanziate possibilità di rifiuto per l'autorità di esecuzione ed un regime di mutuo riconoscimento particolare per misure concernenti una lista di reati riconosciuti come pericolosamente gravi.

Il testo proposto inizialmente prevedeva l'esclusione dal campo di applicazione, al fine della raccolta di prove, della costituzione delle squadre investigative comuni e le loro attività, e della intercettazione e trasmissione di alcune forme di telecomunicazioni. Quest'ultima esclusione è scomparsa nelle successive stesure del testo, ed anche quella riguardante l'attività delle squadre comuni è stata qualificata con più precisione⁴⁹³, estendendo quindi ulteriormente la portata dello strumento.

Nonostante tali premesse, già ad una prima occhiata risulta evidente come le aspettative non vengano rispettate, in quanto la questione dell'ammissibilità delle prove non viene minimamente presa in considerazione⁴⁹⁴ – né nella prima stesura del testo, né nelle successive modifiche. Tale negligenza è sicuramente di primaria importanza in ordine all'efficacia dello strumento stesso, che ne risulta così largamente compromessa. La presa in esame di tale questione avrebbe poi costituito, indirettamente, un contributo fondamentale al fine di rendere la misura pienamente rispettosa dei diritti fondamentali delle persone interessate. Infatti, un confronto sulle garanzie necessarie per raccogliere le prove in modo da poterle utilizzare in giudizio avrebbe necessariamente posto un forte accento sulla questione, che invece, come si vedrà in seguito, non ha ricevuto particolari attenzioni. Inoltre, ad oggi, il dossier è ancora in attesa della prima lettura del Parlamento europeo, fattore che dimostra come l'iter di adozione sia – come già era successo per la decisione quadro che

⁴⁹³ Art. 3, dell'orientamento generale del Consiglio, doc. 18918/11, *cit*; tale stesura dedica però all'intercettazione delle telecomunicazioni un intero capitolo, il capitolo IV(A), che norma quindi questo ambito con particolare attenzione

⁴⁹⁴ D. SAYERS, "The European Investigation Order-travelling without a 'roadmap'", CEPS *Liberty and Security in Europe, policy paper*, Brussels, Centre for European Policy Studies, giugno 2011, p. 17

l'ha preceduto – particolarmente lungo⁴⁹⁵ e difficile, e come molti punti rimangono controversi. L'analisi verrà quindi condotta sulla versione del testo come da orientamento generale del Consiglio.

Il primo nodo critico riguarda la scelta della base giuridica⁴⁹⁶. Questa è stata individuata dai firmatari dell'iniziativa nell'articolo 82.1 TFUE, che - come già indicato all'inizio del capitolo - prevede l'adozione di misure improntate al mutuo riconoscimento atte a facilitare il riconoscimento delle decisioni giudiziarie su tutto il territorio dell'Unione⁴⁹⁷. L'adozione di tali norme segue la procedura legislativa ordinaria, che, notoriamente, prevede la piena partecipazione del PE in qualità di legislatore ed il voto a maggioranza qualificata in Consiglio. Ciò significa che nessuno Stato può porre il veto, ed inoltre per le misure in esame non è prevista la possibilità di azionare alcun "freno di emergenza" – opportunità, come visto in inizio di capitolo, accordata invece per altri tipi di misure di cooperazione giudiziaria penale. La nuova direttiva andrebbe però a coprire, proprio in virtù del largo campo di applicazione, anche ambiti di azione che attengono più alla cooperazione di polizia. E' il caso, ad esempio delle consegne controllate, o dei periodi di sorveglianza continuata, la cui base giuridica d'elezione sembrerebbe essere più l'art. 87.3 TFUE, che concerne la possibilità di adottare misure di cooperazione operativa tra le autorità di polizia degli Stati membri. Queste necessitano però di una procedura legislativa speciale, significativamente diversa in confronto a quella legata all'altra base giuridica, in quanto prevede l'unanimità in Consiglio ed il mero parere consultivo del PE.

Al problema della base giuridica e dell'identificazione della natura della misura in esame è poi legata la questione della posizione di Regno Unito, Irlanda e Danimarca, nonché dei paesi extra UE facenti parte dell'area Schengen, come chiaramente illustrato in dottrina⁴⁹⁸. Il Regno Unito ha deciso di aderire alla misura⁴⁹⁹, mentre l'Irlanda per il momento no, ed anche la Danimarca non partecipa. Se si considera – come finora hanno fatto gli Stati membri⁵⁰⁰ – che la futura direttiva vada ad emendare un atto dell'Unione già esistente, il Consiglio può decidere a maggioranza qualificata

⁴⁹⁵ Va segnalato per completezza che l'iter è stato in questo caso ulteriormente rallentato dal blocco dei lavori disposto dal PE nel giugno scorso in riferimento a cinque dossiers (tra i quali quello in esame); la sospensione dei lavori era stata decisa come segno di protesta nei confronti del Consiglio che il 7 giugno aveva adottato una posizione sulle regole che dovevano andare a definire la nuova governance dell'area Schengen senza tenere in minima considerazione il Parlamento. Si veda il relativo comunicato stampa all'indirizzo <http://www.statewatch.org/news/2012/jun/ep-suspend-coop-prel.pdf>

⁴⁹⁶ Si vedano sul punto S. PEERS, *The proposed European Investigation Order: assault on human rights and national sovereignty*, op. cit., p. 2; lo stesso viene ribadito in un'analisi aggiornata dello stesso autore, *The Proposed European Investigation Order*, Statewatch analysis, 24 novembre 2010, accessibile all'indirizzo: <http://www.statewatch.org/analyses/no-112-eu-eio-update.pdf>, p. 2; D. SAYERS, op. cit., p. 7

⁴⁹⁷ Art. 82 par. 1 lett. a)

⁴⁹⁸ Si veda, in particolare, S. PEERS, *The Proposed European Investigation Order*, op. cit., pp. 2-5

⁴⁹⁹ S. PEERS, *The Proposed European Investigation Order*, op. cit., p. 2

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 3

di far cessare definitivamente la partecipazione alla misura in vigore degli Stati che avessero esercitato l'*opting out* su quella nuova. Ciò, come da Protocollo annesso al Trattato, nel caso in cui la non-partecipazione alla misura di modifica ne renda impraticabile⁵⁰¹ l'applicazione da parte degli Stati. Diversa sarebbe la situazione se si considerasse che la nuova direttiva rappresenta, in parte, uno sviluppo dell'*acquis* di Schengen. In tal caso, infatti, secondo il relativo Protocollo, il Consiglio sarebbe obbligato a disapplicare alcuni aspetti dell'*acquis* esistente all'Irlanda⁵⁰², e regole particolari andrebbero applicate anche alla Danimarca ed agli altri Stati Schengen non membri dell'Unione.

Un secondo punto critico concerne la definizione del campo di applicazione dello strumento. E' già stato introdotto come esso sia particolarmente ampio, ma l'espressione utilizzata di "misure investigative" quale fine ultimo di un ordine europeo di indagine penale (OEI) non viene qualificata. Si determina così una vaghezza che viene amplificata dal fatto che, come detto, è stata indicata quale base giuridica unicamente la cooperazione giudiziaria penale; appare infatti chiaro come alcuni tipi di misure alle quali viene fatto riferimento esplicito nel testo richiederebbero, per poter essere perseguite adeguatamente, un solido fondamento di cooperazione di polizia. In mancanza di questo, non è chiaro come potranno essere condotte indagini che implicino attività di lunga durata sotto copertura, monitoraggio di conti bancari, o, ancora, intercettazioni⁵⁰³. A ciò va aggiunto l'ampio spettro di caratterizzazione delle autorità atte ad emettere ed eseguire un OEI, identificate in qualsiasi autorità ritenuta competente dagli Stati membri in questione⁵⁰⁴. L'unica garanzia in questo senso è data, allo stato attuale, dall'art. 5(a) par. 3, che introduce il controllo ad opera di un'autorità giudiziaria della validità dell'OEI emesso da autorità non giudiziarie. Tale intervento giudiziario non è stato però considerato sufficiente a fronte dell'elevato grado di intrusione della misura proposta⁵⁰⁵. A ciò si aggiunge il fatto che nessuna verifica è invece prevista in riferimento all'autorità di esecuzione.

Allo stesso articolo 5(a) vengono poi poste due condizioni volte ad arginare la potenziale sovraemissione di OEI. La prima di queste introduce la precondizione di necessità e proporzionalità all'emissione di un OEI. L'introduzione di un test di proporzionalità è in gran parte sicuramente il frutto dell'esperienza maturata con il mandato d'arresto europeo, in riferimento al quale la Commissione stessa aveva evidenziato, nella relazione sull'attuazione della misura da parte degli

⁵⁰¹ Art. 4 bis del Protocollo n° 21 sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, annesso al Trattato di Lisbona

⁵⁰² Protocollo n° 19 sull'*acquis* di Schengen integrato nell'ambito dell'Unione europea, annesso al Trattato di Lisbona

⁵⁰³ Previste, rispettivamente, agli articoli 27(a), 24 e 27(b) dell'orientamento generale del Consiglio, doc. 18918/11

⁵⁰⁴ Art. 2 dell'orientamento generale del Consiglio, doc. 18918/11

⁵⁰⁵ Si veda D. SAYERS, *op. cit.*, p. 9

Stati membri, la necessità di porre un freno al numero di mandati emessi⁵⁰⁶. La seconda condizione riguarda il fatto che un OEI può essere emesso solamente se una tale misura investigativa “potrebbe essere ordinata nelle stesse condizioni in un caso di rilevanza nazionale”; questa seconda condizione è però stata oggetto di critiche⁵⁰⁷, in quanto è stato osservato come vi possa essere una differenza significativa tra ciò che in una stessa situazione ‘potrebbe essere ordinato’ e ciò che invece ‘sarebbe ordinato’ effettivamente da una corte o da un giudice. L’aspetto più preoccupante legato a tale formulazione attiene al fatto che essa può determinare il verificarsi di un fenomeno di *forum shopping* per il reperimento di elementi di prova che pur essendo disponibili sia in patria che all’estero, possano risultare di difficile ottenimento a livello nazionale⁵⁰⁸. In conclusione, nonostante le migliorie apportate al testo in confronto alla proposta iniziale, non pare azzardato commentare che l’ambito di applicazione rimane molto vasto ma non ben definito.

L’aspetto probabilmente più dibattuto della proposta di direttiva è però quello che concerne le ragioni di rifiuto all’esecuzione di un ordine europeo di indagine penale. Nella proposta iniziale queste erano veramente ridottissime, tanto che mancava ogni riferimento alla doppia incriminazione, alla territorialità ed all’applicazione del principio del *ne bis in idem*. Una persona che avesse commesso un atto ritenuto legale in uno Stato membro avrebbe quindi potuto essere soggetta a forme di investigazione sulla base di un OEI emesso per un qualsiasi crimine esistente nell’ordinamento di un qualsiasi altro Stato membro, e per il quale questo estendesse la sua giurisdizione al di fuori dei confini nazionali⁵⁰⁹.

Allo stato attuale, il testo della proposta ha parzialmente corretto un simile indirizzo, ma il risultato appare abbastanza caotico. Nella versione proposta come orientamento generale dal Consiglio, l’art. 10 par. 1 presenta i cinque motivi generali di rifiuto⁵¹⁰: l’esistenza di un’immunità o di un privilegio e le condizioni di tutela della libertà di espressione; il potenziale danno per un interesse essenziale connesso alla sicurezza nazionale; il fatto che un ordine simile non sarebbe stato emesso in un caso nazionale analogo - ad esclusione di processi penali instaurati secondo l’art. 4 lett. a); una versione parzialmente ristretta dell’applicazione del principio del *ne bis in idem*; l’applicazione parziale del principio di territorialità e di doppia incriminazione, valida comunque solo in riferimento agli ordini implicanti l’esecuzione di misure coercitive. Ciò che salta immediatamente all’occhio, accanto alla mancanza – già riscontrata nelle analoghe misure che hanno preceduto quella in esame - di un

⁵⁰⁶ Relazione della Commissione COM(2011) 175 def., *cit.*, pp. 8-9. Nella stessa relazione la Commissione invitava gli Stati ad attuare un controllo di proporzionalità benché questo non fosse previsto nel testo della decisione quadro, p. 9

⁵⁰⁷ D. SAYERS, *op. cit.*, p. 9

⁵⁰⁸ *Ibidem*

⁵⁰⁹ S. PEERS, *The Proposed European Investigation Order*, *op. cit.*, p. 6-7

⁵¹⁰ Per un’esposizione più ampia di tali motivi di rifiuto si veda C. HEARD e D. MANSELL, “The European Investigation Order: changing the face of evidence-gathering in EU cross-border cases”, in *New Journal of European Criminal Law*, vol. 2, 2011, n° 4, pp. 359-360

motivo di rifiuto basato sul rispetto dei diritti fondamentali⁵¹¹, è quella della possibilità di rifiutare l'esecuzione di OEI sulla base del fatto che la misura investigativa richiesta non sarebbe autorizzata nello Stato di esecuzione. Vi è quindi la possibilità che le forze di polizia siano costrette ad eseguire misure che non sarebbero autorizzate in casi analoghi di stampo puramente nazionale. Possibilità di evitare tale situazione è prevista nel caso l'OEI richieda l'esecuzione di una misura coercitiva non concernente uno dei crimini rientranti nella lista – mutuata dal mandato d'arresto - dei trentadue reati per i quali è stata abolita la doppia incriminazione. In queste condizioni l'autorità di esecuzione è tenuta, quando possibile, ad applicare una misura investigativa alternativa⁵¹². Una possibilità di rifiuto vera e propria è invece prevista dall'art. 27, che concerne l'acquisizione di prove in tempo reale, in modo continuo e per un periodo determinato.

Tornando all'art. 10 dedicato ai motivi di rifiuto di esecuzione, segue al primo paragrafo una suddivisione che tenta di ricalcare quella tra misure non coercitive e misure coercitive. Per la prima categoria - che viene dettagliatamente caratterizzata - la verifica della doppia incriminazione non costituisce motivo possibile di rifiuto da parte delle autorità di esecuzione, mentre questa è opponibile per le misure appartenenti alla seconda categoria, che è però definita in modo residuale. Fanno eccezione i casi in cui la misura richiesta riguardi la lista di trentadue reati sopra richiamata. Per tale lista di reati, infatti, la verifica della doppia incriminazione non è prevista, e ciò nemmeno per gli ordini emessi ai fini di perquisizioni e confische, che pure parrebbero rientrare nella prima categoria individuata. Inoltre, per le misure coercitive è possibile il rifiuto anche nel caso in cui nell'ordinamento dello Stato di esecuzione tali misure siano previste solamente per una lista o categoria di reati punibili a partire da una certa soglia, che non include il reato per il quale l'OEI è stato emesso.

L'intenzione iniziale e dichiarata dei redattori di limitare il più possibile le opportunità di rifiuto risulta quindi nel testo attuale in un reticolo di disposizioni di non facile lettura, che è ulteriormente incrementata dai motivi di rifiuto disseminati per il testo - legati a ragioni particolari o in riferimento a specifiche misure investigative⁵¹³. Data la confusione complessiva, è alto il rischio che si determinino trasposizioni incoerenti e diversificate⁵¹⁴. Se a questo si somma il fatto che la categoria delle misure coercitive non viene definita se non in maniera residuale, il quadro finale può difficilmente essere considerato chiaro e positivo.

⁵¹¹ Aspetto che verrà a breve approfondito

⁵¹² Secondo l'art. 9 par. 1 dell'orientamento generale del Consiglio, doc. 18918/11, *cit.*

⁵¹³ Si trovano clausole di questo tipo, ad esempio, all'art. 8 par. 2, art. 23, ed agli articoli 19, 20 e 27

⁵¹⁴ D. SAYERS, *op. cit.*, p. 11

2.2. Segue: i diritti e le libertà fondamentali in un testo provvisorio

Il posto occupato dalla salvaguardia dei diritti fondamentali nella nuova proposta appare come uno dei nodi più problematici, anche per procedere alla sua approvazione.

La proposta iniziale era, sotto questo aspetto, fortemente deficitaria; basti pensare che, come accennato, il principio del *ne bis in idem* – come anche la doppia incriminazione - non costituiva motivo di rifiuto al riconoscimento di un ordine in nessun caso.

L'orientamento generale che il Consiglio ha sottoposto alla commissione parlamentare responsabile, la LIBE, presenta alcuni miglioramenti ma, come si vedrà - e come emerge anche dal fatto che la maggior parte degli emendamenti proposti dalla LIBE stessa⁵¹⁵ si concentri in questo ambito - il livello di salvaguardia che esso esprime appare ancora criticabile. E' emerso dalla precedente analisi come questa sia una caratteristica comune alla grande maggioranza degli strumenti di cooperazione giudiziaria, ma trattandosi di una proposta successiva all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e del programma di Stoccolma, le sue carenze spiccano con maggior rilievo. In particolare lo stesso sembra non tenere minimamente conto delle criticità già evidenziate in strumenti simili, né del percorso intrapreso dall'Unione per assicurare uno standard minimo di diritti procedurali⁵¹⁶.

Valgono per lo strumento in esame le considerazioni già espresse in riferimento agli altri atti di mutuo riconoscimento circa la mancanza di un motivo di non esecuzione sulla base del rischio di violazione dei diritti fondamentali; il riferimento a questi su di un piano generale è, nella fase attuale dei lavori, affidato al considerando n°17 ed all'art. 1 par. 3. Entrambi ricalcano le disposizioni ormai classiche degli strumenti di mutuo riconoscimento, il che evidenzia come non vi sia stata alcuna evoluzione rispetto al periodo pre-Lisbona e pre-Stoccolma.

Il Parlamento sta tentando di inserire⁵¹⁷ nella seconda delle disposizioni indicate, accanto al richiamo all'art. 6 TUE, un riferimento esplicito ai diritti della difesa⁵¹⁸, direttamente interessati dalla proposta di direttiva. Nella stessa logica rientra la proposta di modifica dell'art. 4, volta a ricomprendere tra i tipi di procedure per le quali può essere emesso un OEI anche la richiesta avanzata dai rappresentanti della difesa. Quest'ultima rappresenta un'istanza che risulta con evidenza una necessità al fine di garantire un processo equo, basato sul principio della parità delle armi (paragrafo 2 dell'art. 47 della Carta) che non sarebbe infatti rispettato nel momento in cui solo l'accusa potesse disporre il reperimento di prove in altri Stati membri. Sulla stessa linea si collocano

⁵¹⁵ Commissione LIBE, Libertà civili, giustizia e affari interni

⁵¹⁶ Si veda il capitolo 3

⁵¹⁷ European Parliament, Orientation Vote: on the adoption of a Directive of the European Parliament and of the Council regarding the European Investigation Order in criminal matters prior to enter 1st reading trilogue meetings with the Council, doc. 2010/0817(COD), 8 may 2012

⁵¹⁸ Articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

altre proposte di emendamento, a partire da quello all'art. 10 sui motivi di rifiuto, ai quali il Parlamento propone di aggiungere (appunto) quello di violazione dei diritti fondamentali. Tale esigenza era emersa con prepotenza in riferimento al mandato d'arresto europeo ed alla sua applicazione⁵¹⁹, ma non se ne trova traccia nel testo dell'orientamento generale del Consiglio per la nuova direttiva. Anche l'emendamento del Parlamento, tuttavia, si limiterebbe ad inserire la possibilità di opporre rifiuto all'esecuzione di un OEI solo nel caso in cui esso violasse in maniera chiara ed oggettiva i diritti fondamentali⁵²⁰; è chiaro come però la dimostrazione di tale eventualità sia alquanto difficile, ed è stato invece evidenziato in dottrina come molto più utile sarebbe, ad esempio, la possibilità di introdurre un rigidissimo controllo su tale aspetto ed eventualmente sviluppare a tal fine un dialogo tra le autorità coinvolte⁵²¹. Questo anche in ragione del fatto che la persona in merito alla quale siano svolte le indagini, per necessità intrinseca ne verrà probabilmente a conoscenza solo dopo il termine delle stesse; la violazione dei diritti fondamentali sarebbe nel caso già stata perpetrata, rendendo così inutile anche il meccanismo del ricorso.

La proposta di direttiva prevede poi un richiamo specifico al diritto alla salvaguardia dei dati personali⁵²², anche qui in linea con i principali strumenti di mutuo riconoscimento. Ciò appare incontestabilmente necessario per uno strumento la cui attuazione implica il fatto che dati – più e meno sensibili – passino attraverso mani diverse, ed in particolare tra autorità site in Stati diversi; questo innalza infatti sensibilmente il rischio per i diritti e gli interessi delle persone fisiche coinvolte⁵²³. Per la prima volta, il riferimento principale è (pur senza che venga nominata) alla decisione quadro sulla protezione dei dati personali in ambito di cooperazione giudiziaria e di polizia, e questo viene coadiuvato ad un altro riferimento generico agli “strumenti internazionali rilevanti”. La formulazione appare quindi abbastanza generica, come rilevato dal PE che infatti propone di esplicitare i riferimenti, e di inserire nello stesso articolo il principio di specialità⁵²⁴, onde evitare che i dati trasmessi possano essere trattati per finalità differenti da quelle che hanno originato l'OEI. La stessa preoccupazione è alla base della proposta del PE di aggiungere all'art. 6 un comma che asserisca che solo ed unicamente i corpi autorizzati possano avere accesso ed

⁵¹⁹ Si veda l'analisi del mandato d'arresto condotta nella prima sezione del presente capitolo

⁵²⁰ European Parliament, doc. 2010/0817(COD), compromise amendment n° 10

⁵²¹ C. HEARD e D. MANSELL, *op. cit.*, pp. 364-365

⁵²² Considerando 17a della posizione del Consiglio, doc. 18918/11

⁵²³ Come sostenuto anche dal Garante europeo per la protezione dei dati personali nel suo parere, Opinion of the EDPS on the initiative of the Kingdom of Belgium, the Republic of Bulgaria, the Republic of Estonia, the Kingdom of Spain, the Republic of Austria, the Republic of Slovenia and the Kingdom of Sweden for a Directive of the European Parliament and of the Council regarding the European Investigation Order in criminal matters, Brussels, 15 October 2010, p. 7

⁵²⁴ European Parliament, doc. 2010/0817(COD), *cit.* compromise amendment n° 3. L'argomento sarà ampiamente trattato nel capitolo 4

utilizzare banche dati⁵²⁵, e, ampliando il raggio dalla tutela del diritto alla protezione dei dati personali a quella di tutti i diritti, il Parlamento propone altresì di limitare la possibilità di emettere ordini europei di indagine penale alle autorità qualificate come giudici, corti di ogni tipo, magistrati incaricati delle indagini o pubblici ministri; sarebbe quindi esclusa qualsiasi altra autorità giudiziaria qualificata comunque come ‘autorizzata’ dagli ordinamenti giuridici dei diversi Stati membri nel caso specifico⁵²⁶.

Un pericolo per il diritto al rispetto della vita privata⁵²⁷ emerge poi intrinsecamente dalle disposizioni sulle intercettazioni delle telecomunicazioni, a cui, nell’ultima versione presentata dal Consiglio al trilogò, è dedicato un intero capitolo interno all’articolato della proposta di direttiva. Questo rappresenta comprensibilmente un ambito particolarmente delicato, che sarà sicuramente oggetto di lunghi negoziati.

Emerge quindi dall’analisi svolta che la proposta di direttiva, nonostante alcuni miglioramenti intervenuti successivamente alla prima stesura, non solo non rappresenta un passo in avanti in merito alla presa in conto dei diritti fondamentali da parte degli strumenti di cooperazione giudiziaria penale, ma, al contrario, pare su tale fronte mostrare una regressione. La necessità di individuare uno strumento repressivo efficace è prevalsa ancora una volta su tali, fondamentali, considerazioni, benché, come mostrato, anche sul lato dell’efficacia vi siano aspetti altamente criticabili. Primo fra tutti, la questione dell’ammissibilità delle prove raccolte tramite OEI nei procedimenti nazionali non è stata minimamente affrontata e tale aspetto rischia di inficiare ogni effettiva utilità dello strumento congegnato.

Tale quadro appare ancora più anacronistico in un contesto nel quale l’Unione sta finalmente dotando il suo ordinamento giuridico di strumenti di salvaguardia dei diritti che stabiliscono standard uniformi in merito ai diritti procedurali. Per capire a quale punto l’Unione stia cercando di controbilanciare la spinta *securitaria* che fino all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha sicuramente prevalso si passerà quindi ad analizzare, nel prossimo capitolo, gli strumenti adottati in materia di cooperazione giudiziaria con finalità non repressiva, bensì di salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali.

⁵²⁵ European Parliament, doc. 2010/0817(COD), *cit.*, compromise amendment n° 6

⁵²⁶ Ciò comporterebbe due diversi emendamenti, uno al considerando 2 ed un altro all’art. 2, European Parliament, doc. 2010/0817(COD), *cit.* amendments n° 7 e 22

⁵²⁷ Che nella Carta ha assunto, come sottolineato nel capitolo 2, autonomia propria rispetto al diritto alla protezione dei dati personali (artt. 6 e 7 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea)

CAP 3 – GLI STRUMENTI A QUALITÀ GARANTISTA E PROMOZIONALE

Verranno analizzate nel capitolo seguente le misure adottate in ambito di cooperazione giudiziaria penale volte non già alla repressione, quanto alla tutela dei diritti dei soggetti interessati. Si tratta, quindi, secondo l'analisi precedentemente condotta in riferimento al rapporto tra diritti fondamentali e diritto penale⁵²⁸, di esplorare in che modo ed a quale livello i primi costituiscano il fondamento e l'obiettivo dello sviluppo del secondo.

Come detto, se già ciò vale in ambito nazionale, a maggior ragione a livello di cooperazione sovranazionale la finalità della salvaguardia dei diritti fondamentali ad opera del diritto penale è largamente successiva a quella repressiva, per la quale i diritti e le libertà rappresentano un vincolo ed un freno. Il ritardo che storicamente caratterizza l'emergenza di un diritto penale a finalità garantista, unitamente alla naturale gelosia degli Stati per i propri sistemi di salvaguardia dei diritti hanno fatto sì che tale dimensione sia emersa solo molto di recente a livello dell'Unione. Tale ritardo ha determinato uno sviluppo ineguale delle aree –repressiva e garantista- di cooperazione giudiziaria penale, che si esplica nello sbilanciamento realizzatosi dello spazio europeo di libertà sicurezza e giustizia nella direzione della seconda componente⁵²⁹.

L'azione dell'Unione al fine dell'elaborazione di norme a protezione dei diritti in materia di cooperazione giudiziaria penale è infatti stata menzionata per la prima volta nelle conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere del 1999⁵³⁰, ma successivamente la concentrazione sugli aspetti *securitari* della cooperazione e le difficoltà incontrate dagli Stati nel giungere ad un accordo hanno bloccato il processo. Proprio durante la maturazione della fase dell'impegno

⁵²⁸ Si veda introduzione della Parte I

⁵²⁹ Si veda V. MONETTI e L. SALAZAR, "Proposte specifiche in tema di cooperazione penale e di garanzie processuali", in G. AMATO e E. PACIOTTI (a cura di), *Verso l'Europa dei diritti. Lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 115; V. MONETTI, "Strumenti di cooperazione e garanzie processuali", in T. RAFARACI (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, atti del Convegno, Catania del 9-11 giugno 2005, Giuffrè, 2007, p. 411-412; V. BAZZOCCHI, "L'armonizzazione delle garanzie processuali nell'Unione europea: la direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali", in *Il diritto dell'Unione europea*, Roma, Giuffrè, n° 4, 2010, pp. 1042-1047; T. RAFARACI, "Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria", in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 119

⁵³⁰ Il punto 32 delle conclusioni recita che "dovrebbero essere elaborate norme minime sulla tutela delle vittime della criminalità, in particolare sull'accesso delle vittime alla giustizia e sui loro diritti al risarcimento dei danni, comprese le spese legali. Dovrebbero inoltre essere creati programmi nazionali di finanziamento delle iniziative, sia statali che non governative, per l'assistenza alle vittime e la loro tutela", ed il punto 37: "Il Consiglio europeo invita il Consiglio e la Commissione ad adottare, entro il dicembre 2000, un programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento. Tale programma dovrebbe anche prevedere l'avvio di lavori su un titolo esecutivo europeo e sugli aspetti del diritto procedurale per i quali sono reputate necessarie norme minime comuni per facilitare l'applicazione di detto principio, nel rispetto dei principi giuridici fondamentali degli Stati membri", Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999, Conclusioni della Presidenza

securitario, è emersa con evidenza la necessità di procedere alla fissazione di standard minimi di diritti procedurali, in modo da far sì che le differenze ed incertezze in questo ambito non costituissero più una barriera all'applicazione del principio del mutuo riconoscimento.

Sia che si guardi ai diritti delle vittime o a quegli degli indagati (ed imputati), la spinta iniziale all'armonizzazione a livello dell'Unione è giunta quindi da necessità riconducibili a motivazioni esterne ai diritti stessi⁵³¹.

Per quanto riguarda la seconda categoria di soggetti, la mancanza di standard uniformi a livello dell'Unione aveva infatti determinato l'assenza di quella fiducia reciproca indispensabile al buon funzionamento degli strumenti di mutuo riconoscimento⁵³². Siffatta constatazione è all'origine della presentazione da parte della Commissione nel 2003 di un Libro verde⁵³³ sulle garanzie procedurali di indagati e imputati in procedimenti penali nell'Unione. Questo è però rimasto di fatto lettera morta fino alla fine del 2009⁵³⁴, quando il Consiglio si è fatto carico di riprendere tale strada attraverso l'individuazione di una *roadmap*⁵³⁵ sui diritti procedurali europei.

Con riferimento invece ai diritti delle vittime di reati, l'adozione di standard comuni a livello dell'Unione si è resa necessaria per assicurare la libertà di circolazione, sancita dal Trattato come anche da strumenti di diritto derivato⁵³⁶. Infatti, se la protezione delle vittime e l'accesso delle stesse alla giustizia in uno Stato diverso da quello in cui hanno subito danni è minore rispetto a quella di cui godrebbero in tale Stato, la libera circolazione delle persone ne risulta necessariamente inficiata⁵³⁷.

⁵³¹ Ancora nel 2006, in dottrina si leggeva che "imaginée purement comme une mesure compensatoire de la reconnaissance mutuelle, la garantie des droits fondamentaux tarde à prendre une dimension concrète et contraignante", in S. MANACORDA, "Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne: un développement inégal", *op. cit.*, p. 884

⁵³² Si veda H. LABAYLE, "Les garanties procédurales dans l'espace de liberté, sécurité et justice: histoire d'un blocage", in M. PEDRAZZI, I. VIARENGO et A. LANG (a cura di), *Individual guarantees in the European judicial area in criminal matters/ Garanties individuelles dans l'espace judiciaire européen en matière pénale*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp.153-157; A. LANG, "Mutual recognition and mutual trust: which comes first?", in M. PEDRAZZI, I. VIARENGO et A. LANG (a cura di), *Individual guarantees in the European judicial area in criminal matters/ Garanties individuelles dans l'espace judiciaire européen en matière pénale*, *op. cit.*, pp. 181-188; T. RAFARACI, "Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria", *op. cit.*, p. 119-120, 129-130

⁵³³ Libro verde della Commissione, Garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea, COM(2003) 75 def., del 19.2.2003

⁵³⁴ Nel 2004 la Commissione aveva presentato una proposta di decisione quadro relativa COM(2004) 338 def., sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali del 8.7.2009, che si è però arenata nelle negoziazioni in Consiglio

⁵³⁵ Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009 relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, GU C 295 del 4.12.2009

⁵³⁶ Si veda a questo proposito il capitolo 1

⁵³⁷ Il punto verrà trattato più diffusamente nella parte di capitolo a ciò dedicata, sull'argomento si veda su tutti C. AMALFITANO, "L'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime di reato", in *Il Diritto dell'Unione europea*, Roma, Giuffrè, n°3, 2011, pp. 643-682. Tale nesso è stato avallato anche dalla Corte di giustizia nel caso del 2 febbraio 1989, causa C-186/87, *Ian William Cowan c. Trésor public*, in Racc. 1898, p. 195 e segg. In tale circostanza la Corte doveva esprimersi sulla compatibilità del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità con una norma di

Lo sviluppo del diritto penale europeo a finalità garantista ha quindi avuto inizialmente un carattere puramente ancillare e funzionale ad altri scopi, caratteristica che non ha certamente aiutato il perseguimento di standard di livello elevato ed ha determinato un'azione degli Stati pragmaticamente indirizzata ad una finalità ultima di tipo repressivo⁵³⁸.

Un grande contributo al superamento di tale impostazione è giunto dall'attribuzione alla Carta di valore giuridico vincolante⁵³⁹, sotto due diversi profili. Il primo di questi attiene al contenuto stesso della Carta, che affianca a diritti di più antica origine, altri di nuova generazione, fino a ricomprendere valori funzionali agli obiettivi dell'Unione, al punto che "peut légitimement laisser penser qu'elle constitue une base idéale pour la construction d'un «droit pénal européen»"⁵⁴⁰. In secondo luogo l'ingresso della Carta nell'alveo del diritto primario dell'Unione, ne ha visibilmente modificato l'aspetto, consacrando l'immagine di un'Unione non più espressione di un mercato comune ma di una vera e propria comunità di diritto, legittima ed autonoma. L'apporto maggiore del nuovo valore giuridicamente vincolante della Carta è quindi quello di rendere autonomo lo sviluppo di un diritto penale europeo in materia di garanzie individuali, che si spogli di quel ruolo ancillare che ne ha caratterizzato le prime manifestazioni.

Se a ciò si unisce la modifica dei Trattati che ha esplicitamente introdotto la base giuridica per l'adozione di norme in materia di cooperazione giudiziaria penale volte alla salvaguardia dei diritti degli individui coinvolti (art. 82. 2)⁵⁴¹, cade ogni giustificazione degli Stati a presentare i nuovi atti in ottica strumentale. L'azione dell'Unione volta alla salvaguardia dei diritti ha quindi assunto, anche in questo ambito, una completa autonomia e, contemporaneamente, ha visto l'applicazione alla materia della procedura legislativa ordinaria. Tale ultima innovazione ha determinato da un lato la caduta del potere di veto del singolo Stato⁵⁴² in Consiglio e dall'altra il potenziamento del ruolo del Parlamento, da sempre attestato su posizioni garantiste, che è ora coinvolto a pieno titolo.

procedura penale francese limitante l'indennizzo a carico dello Stato per le vittime di reato al solo caso in cui queste fossero cittadine del paese (la Francia) o ivi residenti; il giudice dell'Unione ha qui correlato direttamente l'esigenza di proteggere le vittime con quella di tutelarne il diritto alla libera circolazione, del quale il primo viene indicato esplicitamente come corollario (punto 17 della sentenza).

⁵³⁸ Si veda sul punto V. MONETTI, "Strumenti di cooperazione e garanzie processuali", *op. cit.*, p. 411; V. BAZZOCCHI, "L'armonizzazione delle garanzie processuali nell'Unione europea: la direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali", *op. cit.*, p. 1048

⁵³⁹ V. BAZZOCCHI, "L'armonizzazione delle garanzie processuali nell'Unione europea: la direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali", *op. cit.*, p. 1048; la necessità di un tale cambio di prospettiva era già stata evidenziata in dottrina prima dell'effettiva attribuzione di valore giuridico vincolante alla Carta, in ragione della sua centralità nel processo di costituzionalizzazione e del peso che comunque già aveva, si veda sul punto V. MONETTI, "Strumenti di cooperazione e garanzie processuali", *op. cit.*, p. 411

⁵⁴⁰ F. PALAZZO, "Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal", *op. cit.*, p. 12

⁵⁴¹ Sono esplicitamente richiamati sia i diritti della persona nella procedura penale che quelli delle vittime della criminalità; una presentazione più completa della disposizione è già stata fatta al par. 2 del presente capitolo

⁵⁴² Pur con il distinguo costituito dalla possibilità di azionare il 'freno d'emergenza', già affrontato all'inizio del presente capitolo

Le novità sopra richiamate rendono poi possibile il superamento della logica dell'individuazione, quali standard minimi di protezione dei diritti, di standard di basso livello, frutto di una negoziazione al ribasso, che aveva caratterizzato i primi tentativi di adottare misure in materia⁵⁴³. L'espressione che richiama l'individuazione di 'standard minimi' di tutela dei diritti in materia deve invece essere intesa come la ricerca di un elevato livello di protezione da porre come limite inferiore invalicabile da parte degli autorità competenti di qualunque Stato voglia far parte dell'Unione⁵⁴⁴.

Si procederà dunque con l'analisi della recente produzione normativa in materia suddividendo gli strumenti interessati tra quelli volti alla salvaguardia dei diritti degli indagati o imputati e quelli delle vittime di reati (o potenziali tali). Lo studio verrà condotto al fine di tentare una valutazione degli strumenti adottati - o attualmente ancora in discussione - in riferimento al livello di salvaguardia da essi offerto e, contemporaneamente, di individuare quali misure in materia siano ancora necessarie.

Sezione 1. Gli strumenti per la tutela dei diritti della difesa: i diritti processuali europei

Come preannunciato, l'affermarsi della volontà da parte degli Stati di elaborare standard minimi comuni di tutela procedurale è giunta molto tardivamente, in seguito all'insorgere di problemi nell'adozione ed applicazione degli strumenti di mutuo riconoscimento a finalità repressiva. In realtà già nelle conclusioni del Consiglio di Tampere, era stata riconosciuto alla garanzia di accesso al giudice un ruolo primario ed autonomo nel progetto di costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁵⁴⁵, e nel successivo Programma di misure del 2000 si leggeva che "il reciproco riconoscimento deve consentire di rafforzare non solo la cooperazione tra Stati membri, ma anche la protezione dei diritti delle persone" e che quindi il coinvolgimento di Stati diversi in un procedimento penale non dovrebbe mai avere un impatto negativo sui diritti procedurali della persona coinvolta⁵⁴⁶.

L'attenzione al delicato equilibrio così individuato era però stata successivamente fortemente ridimensionata, ed il legislatore europeo si era concentrato sull'adozione di testi di cooperazione a

⁵⁴³ Come emergerà nel prosieguo

⁵⁴⁴ Tale idea si ritrova in T. RAFARACI, "Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria", *op. cit.*, p.120

⁵⁴⁵ Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999, Conclusioni della Presidenza, punto 5

⁵⁴⁶ Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, adottato in data 24 novembre 2000, GU C 12 del 15.1.2001, introduzione

finalità repressiva. Nonostante la presenza di sporadici riferimenti ad alcune garanzie processuali tra le disposizioni di tali strumenti, adottando quella tecnica legislativa detta del ‘doppio binario’⁵⁴⁷, la tutela dei diritti era stata affidata a strumenti da approntare *ad hoc*, rivelatisi però assenti per lungo tempo⁵⁴⁸. Tra le disposizioni di garanzia previste negli strumenti di cooperazione a finalità repressiva, particolare e particolarmente felice è il caso del principio del *ne bis in idem*. E’ già emerso dall’analisi precedente come questo, intrinsecamente connesso alla giustizia transnazionale, sia presente nella quasi totalità delle misure di mutuo riconoscimento e abbia assunto, grazie soprattutto all’azione della Corte di giustizia, un valore di primaria importanza ed una portata molto ampia. A questo verrà quindi dedicata un’analisi più puntuale nel prosieguo della ricerca.

La prima iniziativa legislativa in materia di armonizzazione delle garanzie processuali risale al 2004, con la proposta di decisione quadro della Commissione⁵⁴⁹ in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali. Il testo della stessa era stato elaborato sulla base del Libro verde⁵⁵⁰ che la stessa Commissione aveva presentato l’anno precedente⁵⁵¹, il quale sanciva che i cittadini dell’Unione dovevano poter ragionevolmente attendersi di riscontrare standard equivalenti di rispetto dei diritti procedurali trasversalmente al territorio dell’Unione, ed indipendentemente da ogni incidenza legata all’aspetto transnazionale⁵⁵².

Il Libro verde, come pure la proposta di decisione quadro individuavano una serie ristretta di diritti che, nelle intenzioni della Commissione, dovevano costituire quelli di più immediato impatto sulle problematiche legate al mutuo riconoscimento, ma, a giudizio di buona parte della dottrina, tale catalogo appare incompleto e non rispondente alle esigenze⁵⁵³. La proposta individuava infatti cinque garanzie: l’accesso all’assistenza legale, quello all’interpretazione ed alla traduzione, il

⁵⁴⁷ V. MONETTI, “Strumenti di cooperazione e garanzie processuali”, *op. cit.*, p. 415; V. BAZZOCCHI, “L’armonizzazione delle garanzie processuali nell’Unione europea: la direttiva sul diritto all’interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali”, *op. cit.*, pp. 1042-1044

⁵⁴⁸ Si legge in V. MONETTI, “Strumenti di cooperazione e garanzie processuali”, *op. cit.*, p. 415 che “l’individuazione delle garanzie sembra quasi essere rimasta indietro, non ha marciato in parallelo con l’individuazione dei nuovi strumenti di cooperazione”

⁵⁴⁹ Commissione europea, Proposta di decisione quadro del Consiglio in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell’Unione europea, COM (2004) 328 def., 28.4.2004

⁵⁵⁰ Commissione europea, Libro verde “Garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell’Unione europea”, COM (2003) 75 def., 19.2.2003

⁵⁵¹ Sul Libro verde e sulla proposta di decisione quadro si vedano, più diffusamente, C. MORGAN and P. CSONKA, “A European Union framework decision on procedural rights : the short history of a failure (so far)”, in M. PEDRAZZI, I. VIARENGO et A. LANG (a cura di), *Individual guarantees in the European judicial area in criminal matters/ Garanties individuelles dans l’espace judiciaire européen en matière pénale*, *op. cit.*, pp. 147-152; H. LABAYLE, “Les garanties procédurales dans l’espace de liberté, sécurité et justice: histoire d’un blocage”, in M. PEDRAZZI, I. VIARENGO et A. LANG (a cura di), *Individual guarantees in the European judicial area in criminal matters/ Garanties individuelles dans l’espace judiciaire européen en matière pénale*, *op. cit.*, pp. 147-172

⁵⁵² W. DE BONDT and G. VERMEULEN, “The procedural rights debate: a bridge too far or not still far enough”, in *Eucrim*, 2010, n° 4, p. 164

⁵⁵³ T. RAFARACI, “Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria”, *op. cit.*, p. 120-122; W. DE BONDT e G. VERMEULEN, *op. cit.*, p. 164-165;

diritto alla notifica dei propri diritti, il diritto per le persone particolarmente vulnerabili a ricevere un'assistenza adeguata ed, infine, il diritto di comunicare con le autorità consolari del proprio paese. Si tratta in tutta evidenza dei classici diritti afferenti alla tradizione dell'equo processo, come espressi nel testo della CEDU ed elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, nonché presenti nei sistemi giudiziari degli Stati membri, anche se in forme diverse tra loro⁵⁵⁴. Le posizioni più critiche evidenziano quindi l'assenza di un ancoraggio alle questioni sollevate dall'aspetto transnazionale dei procedimenti penali, che dovrebbero invece costituire il centro dell'azione dell'Unione⁵⁵⁵.

La proposta di decisione quadro non è mai divenuta atto definitivo ed è stata abbandonata nel 2007 in seguito all'impossibilità di trovare un accordo in seno al Consiglio nonostante le lunghe negoziazioni. Al fallimento di tale iniziativa, che si deve in particolare all'atteggiamento contrario di sei Stati - poco disposti a lasciare che l'Unione europea si incuneasse nell'alveo di diritti individuali disciplinati in modo anche molto differente da Stato a Stato - hanno contribuito fattori diversi, ma primo fra tutti vi è proprio l'idea della sostanziale inutilità di uno strumento che ricalcasse diritti già previsti altrove, ed in particolare nella CEDU⁵⁵⁶. La Presidenza del Consiglio, nella ricerca di una soluzione di compromesso, aveva infatti ulteriormente ridotto la portata ed il numero delle garanzie procedurali, eliminando proprio quelle⁵⁵⁷ che non trovavano espressione diretta nelle disposizioni della CEDU⁵⁵⁸. Anche in riferimento alle garanzie mantenute venivano poi fissati requisiti veramente minimi, ed era lasciato agli Stati membri ampio margine su come questi dovessero essere applicati. Come osservato in dottrina, un approccio simile è per lo meno criticabile in quanto ha come conseguenza una corsa al ribasso delle garanzie⁵⁵⁹, che è totalmente in contrasto con lo spirito della costruzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nonché con i documenti di programma sopra richiamati. Altra motivazione, di carattere più politico, alla base dell'insuccesso della proposta della Commissione, è stata la contestazione della competenza dell'Unione, e quindi della Commissione, in materia di diritti fondamentali; tale critica aveva avuto l'effetto, nel gioco delle negoziazioni, di ridurre ulteriormente il carattere ambizioso del testo,

⁵⁵⁴ Le grandi differenze tra gli Stati erano emerse già dai primi momenti di negoziazione in Consiglio, e la Commissione aveva quindi richiesto un'analisi volta a verificare l'effettivo livello di garanzia offerto dai sistemi giuridici degli Stati membri in riferimento alle garanzie processuali. I risultati sono raccolti nello studio di T. SPRONKEN and M. ATTINGER, *Procedural Rights in Criminal Proceedings: Existing Level of Safeguards in the European Union*, studio commissionato dalla DG Justice and Home Affairs, 12.12.2005. Questo mostrava la situazione in merito a quegli stessi diritti oggetto della proposta, con qualche lieve differenza, come l'inclusione dell'analisi del diritto al patrocinio gratuito.

⁵⁵⁵ Tali critiche ed il dibattito relativo verranno presentati diffusamente nel prosieguo della ricerca

⁵⁵⁶ W. DE BONDT and G. VERMEULEN, "The procedural rights debate: a bridge too far or not still far enough", *op. cit.*, p. 164

⁵⁵⁷ Si trattava del diritto di comunicazione con le autorità consolari e di quello alla tutela dei soggetti più vulnerabili

⁵⁵⁸ V. BAZZOCCHI, "L'armonizzazione delle garanzie processuali nell'Unione europea: la direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali", *op. cit.*, p. 1047

⁵⁵⁹ *Ibidem*

ric conducendolo, di fatto, ad uno strumento che risultava realmente un livellamento alle disposizioni della CEDU⁵⁶⁰ e che rispecchiava “lo schema tipico delle dichiarazioni di principi che impongono allo Stato l’obbligo di attivarsi, e non quello proprio dei diritti”⁵⁶¹. E’ quindi facile intuire come respingere la proposta finale di compromesso della Presidenza fosse risultato semplice per gli oppositori⁵⁶², che ne avevano contestato il carattere superfluo ed incoerente.

La necessità di standard comuni di diritti processuali non si è però esaurita, e l’adozione del Trattato di Lisbona, con le novità già ricordate - in riferimento, in particolare, alla soppressione della struttura in pilastri, la creazione di una base giuridica *ad hoc* (art. 82.2 TFUE) e l’ingresso a pieno titolo della Carta nel diritto primario dell’UE - ha fornito nuovi strumenti e legittimazione all’azione dell’Unione in materia, determinando una rifocalizzazione sul problema⁵⁶³.

La nuova fase si caratterizza quindi per l’emersione di un valore intrinseco dell’azione dell’Unione nell’ambito in esame, riconosciuta non più unicamente come funzionale al potenziamento della fiducia reciproca tra le autorità competenti dei diversi Stati, ma anche come obiettivo in sé, importante per il rafforzamento della fiducia dei cittadini nell’Unione europea⁵⁶⁴. Con riferimento al metodo di approccio alla questione, si nota invece da un lato il mantenimento di un atteggiamento di prudenza in riferimento all’oggetto - che, come si vedrà, ha determinato la precedenza ancora una volta ai diritti meno contestati - e dall’altro ha forse acuito tale carattere prudenziale, adottando una tecnica di avanzamento graduale, *step by step*. All’obiettivo dell’adozione di un unico strumento comprensivo di più garanzie si è sostituito - su impulso della Presidenza svedese del Consiglio - quello dell’adozione di diversi atti, dedicati ciascuno ad un diritto. L’idea sottostante a tale scelta è che sia più semplice raggiungere l’accordo su singole misure piuttosto che su di una unica che combini tutte le aree. Inoltre ciò dovrebbe permettere di consacrare maggiore attenzione

⁵⁶⁰ J. POLAKIEWICZ, “The EU framework decision on procedural rights and the European Convention on Human Rights : the importance of being “Strasbourg-proof”, in M. PEDRAZZI, I. VIARENGO et A. LANG (a cura di), *Individual guarantees in the European judicial area in criminal matters/ Garanties individuelles dans l’espace judiciaire européen en matière pénale*, *op. cit.*, p. 176-177;

⁵⁶¹ V. BAZZOCCHI, “L’armonizzazione delle garanzie processuali nell’Unione europea: la direttiva sul diritto all’interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali”, *op. cit.*, p. 1047

⁵⁶² J. POLAKIEWICZ, “The EU framework decision on procedural rights and the European Convention on Human Rights : the importance of being “Strasbourg-proof”, in M. PEDRAZZI, I. VIARENGO et A. LANG (a cura di), *Individual guarantees in the European judicial area in criminal matters/ Garanties individuelles dans l’espace judiciaire européen en matière pénale*, *op. cit.*, p.176-177

⁵⁶³ In particolare si sono dapprima mobilitate quelle istituzioni che anche in precedenza si erano connotate per la volontà di agire in materi, ovvero Commissione e Parlamento; si vedano la Raccomandazione del Parlamento europeo destinata al Consiglio sullo sviluppo di uno spazio di giustizia penale dell’Unione europea, INI/2009/2012, del 7 maggio 2009, e la Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio, “Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini”, COM (2009) 262 def., del 10.6.2009

⁵⁶⁴ V. BAZZOCCHI, “L’armonizzazione delle garanzie processuali nell’Unione europea: la direttiva sul diritto all’interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali”, *op. cit.*, p. 1048

ad ogni singolo diritto, migliorando la qualità del risultato ed evitare che, durante le negoziazioni, si faccia sistematicamente ricorso a *tradeoff* tra le differenti garanzie⁵⁶⁵.

Dopo essersi assicurata l'appoggio del Regno Unito, principale oppositore della proposta del 2004, la Presidenza svedese ha concretizzato il suo impegno presentando una tabella di marcia (comunemente indicata con il termine di *roadmap*) sui diritti di indagati ed imputati. La stessa, adottata formalmente dal Consiglio⁵⁶⁶ il giorno prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁵⁶⁷, rappresenta il primo impegno ufficiale di tutti gli Stati membri ad agire a livello dell'Unione in materia; come affermato in dottrina, quindi, "it constitutes a real landmark"⁵⁶⁸.

La tabella di marcia, recepita nel Programma di Stoccolma adottato dal Consiglio europeo nel dicembre 2009⁵⁶⁹, contiene una lista non esaustiva di cinque misure in merito alla quali la Commissione è invitata a presentare proposte legislative. Si tratta delle garanzie attinenti a: traduzione ed interpretazione, informazioni in relazione ai diritti della persona indagata ed imputata e all'accusa che lo riguarda, consulenza legale ed assistenza legale gratuita, comunicazione con familiari, datori di lavoro e autorità consolari, garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili. Lo stesso documento invita poi la Commissione a presentare anche un Libro verde sulla detenzione preventiva, in vista di proposte ulteriori.

Sulla spinta dell'adozione delle prime tre direttive, il 27 novembre 2013 la Commissione ha presentato un nuovo pacchetto di misure volte ad assicurare garanzie procedurali minime uniformi sul territorio dell'Unione. Questo include tre proposte di direttiva e due raccomandazioni, che rappresentano il naturale proseguimento del cammino intrapreso.

Il 'dibattito sul metodo' nato in merito all'azione dell'Unione in materia di diritti processuali, che concerne principalmente l'individuazione delle garanzie da disciplinare – insieme alla critica circa il 'doppio binario' - è quindi tutt'altro che chiuso, e ne verrà dato conto al termine dell'analisi degli strumenti adottati, in modo da poter avere a disposizione quanti più elementi possibili. La ricerca procederà quindi ora con lo studio delle tre direttive adottate sulla scorta della tabella di marcia. Si passerà quindi alla presentazione dello sviluppo - trasversale agli strumenti di cooperazione di stampo repressivo - della garanzia fornita dal principio del *ne bis in idem*, e del nuovo pacchetto presentato dalla Commissione, per terminare, come annunciato, con l'esposizione sul dibattito

⁵⁶⁵ S. CRAS and L. DE MATTEIS, "The directive on the right of Interpretation and translation in criminal proceedings", in *Eucrim*, 2010, n° 4, p. 153

⁵⁶⁶ Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009 relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, (2009/C 295/01), GU C 295 del 4.12.2009

⁵⁶⁷ Quindi il 30 novembre 2009

⁵⁶⁸ S. CRAS and L. DE MATTEIS, "The directive on the right of Interpretation and translation in criminal proceedings", *op. cit.*, p. 154

⁵⁶⁹ Consiglio europeo, Programma di Stoccolma, adottato in data 10-11 dicembre 2009, GUUE C 115 del 04.05.2010

concernente la linea d'azione dell'Unione in materia e quindi l'individuazione degli altri ambiti potenzialmente oggetto di intervento.

1. La tabella di marcia sui diritti procedurali europei

La tabella di marcia sui diritti procedurali europei costituisce un vero e proprio documento di programmazione, sulle linee del quale si sta effettivamente muovendo il legislatore europeo. Nonostante le novità introdotte nel quadro istituzionale, come anticipato l'approccio delle istituzioni è con evidenza ancora molto prudente (i diritti prescelti sono molto simili a quelli che erano stati individuati nella proposta di decisione quadro del 2004), come prudente è l'ordine indicato per l'adozione delle misure: questo è stato scelto ponendo prima gli strumenti che dovrebbero incontrare meno problemi in sede di negoziazione in modo da poter contare sui precedenti successi e sull'abitudine a lavorare in materia quando si tratterà di adottare le misure più controverse⁵⁷⁰.

Ad oggi tre direttive sono state adottate: quella sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali⁵⁷¹, quella sul diritto all'informazione nei procedimenti penali⁵⁷² e, infine, sul diritto ad un difensore e a comunicare al momento dell'arresto⁵⁷³.

La terza misura prevista dalla *road map* per i diritti procedurali europei accorpava in realtà il diritto di accesso ad un difensore ed al gratuito patrocinio in caso di necessità. La direttiva adottata si riferisce però solo alla prima delle due componenti e vi ha unito, invece, quella che secondo la tabella di marcia avrebbe dovuto essere la quarta misura: quella sul diritto alla comunicazione al momento dell'arresto. Tale scelta è stata motivata dalla Commissione, autore della proposta, sulla base del fatto che la questione del gratuito patrocinio è molto particolare e complessa, e merita quindi una trattazione a sé⁵⁷⁴. Suddetta garanzia si presenta in effetti immediatamente come particolarmente delicata, tanto da un punto di vista delle importanti differenze esistenti tra gli ordinamenti degli Stati membri in materia, sia in riferimento al profilo finanziario al quale è necessariamente legata.

⁵⁷⁰ T. RAFARACI, "Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria", *op. cit.*, pp. 122-124; S. CRAS and L. DE MATTEIS, "The directive on the right of Interpretation and translation in criminal proceedings", *op. cit.*, pp. 153-154

⁵⁷¹ Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, GUUE L 280 del 26.10.2010

⁵⁷² Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, GUUE L 142 dell'1.6.2012

⁵⁷³ Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari, GU L 294 del 6.11.2013

⁵⁷⁴ Si veda Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto di accesso a un difensore nel procedimento penale e al diritto di comunicare al momento dell'arresto COM(2011) 326 def., dell'8.6.2011, Relazione, pag. 1

Sul diritto al gratuito patrocinio la Commissione ha infatti presentato, più recentemente, una raccomandazione diretta agli Stati membri⁵⁷⁵, a cui affianca una proposta di direttiva sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato⁵⁷⁶.

1.1. La direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali

La direttiva 2010/64/UE⁵⁷⁷ rappresenta, oltre che il primo strumento di armonizzazione di un vero e proprio diritto in ambito di giustizia penale a livello dell'Unione, anche il primo atto adottato in un settore di ex terzo pilastro dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Questa si rivela quindi un caso di studio doppiamente interessante, meritevole di un'analisi su due livelli almeno: quello contenutistico e dello sviluppo dei rapporti di forza e dei meccanismi di interazione nel nuovo quadro istituzionale.

In realtà già prima dell'entrata in vigore del nuovo Trattato, e sulla spinta di questo, la Commissione aveva presentato una proposta di decisione quadro sul diritto all'interpretazione ed alla traduzione nei procedimenti penali⁵⁷⁸, ma, non essendo stato possibile adottarla prima dell'1 dicembre 2009 – il Consiglio era arrivato ad un accordo molto rapidamente, ma mancava la consultazione del Parlamento – sarebbe stato necessario cominciare una nuova procedura legislativa secondo le nuove regole e sulla base di una proposta di direttiva. Per motivi contingenti⁵⁷⁹, però, prima della nuova proposta della Commissione, è giunta, l'8 dicembre 2009, un'iniziativa in tal senso a firma di tredici Stati membri⁵⁸⁰, sempre sotto la direzione della Presidenza svedese. A

⁵⁷⁵ Commissione europea, Raccomandazione della Commissione del 27 novembre 2013 sul diritto al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati in procedimenti penali, GU L 378 del 24.12.2013

⁵⁷⁶ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo, COM(2013) 824 def., del 27.11.2013

⁵⁷⁷ Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, GU L 280 del 26.10.2010

⁵⁷⁸ Commissione europea, Proposta di decisione quadro del Consiglio sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, COM (2009) 338 def., dell'8.7.2009

⁵⁷⁹ Per una spiegazione dettagliata delle cause si veda S. CRAS and L. DE MATTEIS, "The directive on the right of Interpretation and translation in criminal proceedings", *op. cit.*, p. 154

⁵⁸⁰ Iniziativa del Regno del Belgio, della Repubblica federale di Germania, del Regno di Spagna, della Repubblica di Estonia, della Repubblica francese, della Repubblica di Ungheria, della Repubblica italiana, del Granducato di Lussemburgo, della Repubblica d'Austria, della Repubblica portoghese, della Romania, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia in vista dell'adozione di una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, inter-institutional file n° 2010/00801 (COD), GU C 69 del 18.3.2010

questa si è sovrapposta, pochi mesi più tardi, la proposta della Commissione⁵⁸¹, la quale, comprensibilmente, non ha voluto rinunciare al tentativo di imporre un suo testo.

Questo non solo per una ragione di immagine, ma perché nel caso in cui una proposta venga presentata dalla Commissione le regole di procedura stabiliscono che il Consiglio deve intervenire all'unanimità in riferimento agli emendamenti del Parlamento sui quali la Commissione stessa abbia dato un parere sfavorevole; lo stesso non avviene nel caso in cui l'iniziativa sia presentata dagli Stati membri. Si tratta quindi di una questione politica, legata ai rapporti di forza tra le istituzioni, in quanto la seconda opzione destina alla Commissione ad un ruolo relegato e minore, lasciando protagonisti sulla scena le altre due istituzioni. Trattandosi poi della prima misura di cooperazione giudiziaria penale adottata dopo la scomparsa della struttura in pilastri, la Commissione teneva particolarmente ad affermare che, vigenti le regole del Trattato di Lisbona, a lei toccava il ruolo di guida nella formulazione della linea politica dell'Unione in materia⁵⁸².

I desideri della Commissione sono però stati disattesi in quanto la commissione parlamentare incaricata, la LIBE, chiamata di fatto a decidere su quale testo lavorare – ed assumendo così il potere di arbitro nella vicenda – ha scelto l'iniziativa degli Stati membri. Le motivazioni alla base sono molteplici: il risparmio di tempo ed il raggiungimento di un rapido accordo con il Consiglio, il fatto che Regno Unito ed Irlanda avessero già deciso per l'opting-in su questa misura (e la loro partecipazione non sarebbe stata garantita per la proposta della Commissione); da ultimo, ma non meno importante, poiché il testo dell'iniziativa conteneva livelli di protezione più bassi di quelli indicati nella proposta della Commissione, sarebbe così risultato più semplice per il Parlamento apportare valore aggiunto⁵⁸³. Ancora una volta, quindi, le principali valutazioni alla base della scelta sono di tipo politico e, come si vedrà, il Parlamento ha voluto assumere – in questo ambito per la prima volta pienamente – farsi promotore di una visione altamente garantista.

L'adozione della direttiva in esame ha poi visto l'emersione del Parlamento in qualità di vero protagonista in una materia nella quale era stato fino ad allora costretto a giocare un ruolo marginale; l'instaurazione di un dialogo diretto tra esso ed il Consiglio ha avuto l'effetto di tagliar fuori la Commissione, che è risultata essere l'attore perdente nel nuovo assetto istituzionale. Tale impressione è confermata nel caso di specie dal fatto che l'accordo tra Parlamento e Consiglio sia

⁵⁸¹ Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, COM (2010) 82 def., del 9.3.2010

⁵⁸² S. CRAS and L. DE MATTEIS, "The directive on the right of Interpretation and translation in criminal proceedings", *op. cit.*, p. 155; viene qui affrontato anche il tema della leale cooperazione che dovrebbe caratterizzare, in obbedienza all'art. 4 TUE, i rapporti tra istituzioni e Stati membri. Gli autori affermano cautamente che in ottemperanza a tale principio la Commissione avrebbe dovuto esimersi dal presentare una nuova proposta, in competizione con l'iniziativa degli Stati membri e limitarsi invece, sulla base dell'art. 294.15 TFUE, a presentare pareri – se del caso anche particolarmente corposi

⁵⁸³ S. CRAS and L. DE MATTEIS, "The directive on the right of Interpretation and translation in criminal proceedings", *op. cit.*, p. 155

stato raggiunto in prima lettura, grazie alle negoziazioni che l'hanno preceduta; tale schema, caratterizzato da un rapporto stretto tra Parlamento e Consiglio che riduce i poteri della Commissione, è stato in effetti individuato negli ultimi anni dalla dottrina quale trend emergente delle dinamiche inter-istituzionali⁵⁸⁴.

Il testo della proposta della Commissione si è rivelato peraltro particolarmente utile⁵⁸⁵, in quanto ha fornito una base solida per la formulazione degli emendamenti da parte della commissione LIBE ed ha spesso indicato la soluzione di compromesso tra le posizioni pragmatiche e particolarmente attente ai costi del Consiglio e quelle decisamente garantiste del Parlamento⁵⁸⁶.

Passando ad un esame delle disposizioni della direttiva, occorre innanzitutto richiamare l'attenzione del legislatore europeo alla CEDU ed alla sua interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo. Come già avvenuto in precedenza, queste sono esplicitamente poste quale soglia minima, tanto che in riferimento all'ambito in esame si parla di misure 'a prova di Strasburgo'. Per raggiungere tale obiettivo, la Presidenza del Consiglio ha chiesto al Segretariato del Consiglio d'Europa di presentare osservazioni⁵⁸⁷ sulla conformità del testo di iniziativa con gli standard elaborati nell'ambito di quest'ultimo⁵⁸⁸. Alcune delle indicazioni così fornite hanno contribuito a plasmare il testo definitivo, come pure la proposta di Risoluzione sulle *best practice*⁵⁸⁹ in materia che il Consiglio aveva elaborato all'epoca della presentazione della proposta di decisione quadro del 2009.

Nel testo approvato sono quindi molteplici i riferimenti alla CEDU, e, a differenza di quanto previsto sia nella proposta che nell'iniziativa, molti sono anche i riferimenti alla Carta dei diritti dell'Unione, ormai necessario parametro di legittimità. Come dimostra già il considerando n° 5 che richiama le rispettive disposizioni volte ad assicurare le garanzie del giusto processo⁵⁹⁰, i due testi sono posti sullo stesso piano. Il considerando n° 32 esprime quindi la necessità che la direttiva e la sua applicazione da parte degli Stati sia oltre che 'a prova di Strasburgo', anche 'a prova di Carta'.

⁵⁸⁴ E. DE CAPITANI, "The democratic accountability of the EU's Area of Freedom, Security and Justice ten years on", in E. GUILD, S. CARRERA and A. EGGENSCHWILER, *The Area of Freedom, Security and Justice ten years on: Successes and future challenges under the Stockholm Programme*, Brussels, CEPS Publications, 10.06.2010; V. BAZZOCCHI, "L'armonizzazione delle garanzie processuali nell'Unione europea: la direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali", *op. cit.*, p. 1052. Si vedano anche sull'argomento J.-P. JACQUE', "The principle of institutional balance", in *Common Market Law Review*, 2004, vol. 42 p. 389-390; L. S. ROSSI, "Il «paradosso del metodo intergovernativo». L'equilibrio istituzionale nel progetto di Trattato-Costituzione", in L. S. ROSSI (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 165

⁵⁸⁵ Come emergerà nel prosieguo

⁵⁸⁶ V. BAZZOCCHI, "L'armonizzazione delle garanzie processuali nell'Unione europea: la direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali", *op. cit.*, pp. 1051-1052 ; S. CRAS and L. DE MATTEIS, "The directive on the right of Interpretation and translation in criminal proceedings", *op. cit.*, p. 156

⁵⁸⁷ Consiglio, doc. 5928/10, Brussels, 1.2.2010

⁵⁸⁸ Come già era avvenuto per le precedenti proposte di decisione quadro

⁵⁸⁹ Consiglio, doc. 12116/09, Brussels, 15.7.2009

⁵⁹⁰ Art. 6 della CEDU ed art. 47 e 48.2 della Carta

Il considerando successivo, conseguentemente, recita che le disposizioni della direttiva “che corrispondono ai diritti garantiti dalla CEDU o dalla Carta, dovrebbero essere interpretate e applicate in modo coerente rispetto a tali diritti, come interpretati” dalle Corti rispettivamente competenti⁵⁹¹. Chiude il cerchio l’art. 8 che introduce un’importante clausola detta di non regressione la quale, fissando un canone ermeneutico valido per tutte le disposizioni della direttiva, determina che nessuna di esse possa essere interpretata in modo da limitare o derogare a diritti e garanzie procedurali offerte dalla CEDU, dalla Carta o, ancora “da altre pertinenti disposizioni di diritto internazionale o dalle legislazioni degli Stati membri che assicurano un livello di protezione più elevato”. Lo scopo evidente dell’articolo in esame è quello di evitare non solo che gli Stati membri possano scendere al di sotto del livello minimo fissato da CEDU e Carta, ma anche che la direttiva possa, paradossalmente, generare effetti riduttivi dei livelli di garanzia più elevati già eventualmente acquisiti nei diversi ordinamenti nazionali.

Va poi segnalato come, coerentemente con l’obiettivo di non ridurre le garanzie dei cittadini, ma anzi di ampliarle, anche la seconda delle disposizioni richiamate affermi esplicitamente che la direttiva fissa norme minime ma gli Stati dovrebbero ampliare i diritti al fine di assicurare un livello di tutela più elevato.

La direttiva ha quindi lo scopo di stabilire norme minime relative al diritto all’interpretazione ed alla traduzione. E’ da notare come venga stabilito che i diritti richiamati debbano valere tanto in riferimento ai procedimenti penali, quanto ai procedimenti di esecuzione di un mandato di arresto europeo. Posto che l’istituto dell’extradizione non rientra nella nozione di “procedimento penale” ai fini dell’applicazione dell’art. 6 della CEDU⁵⁹², si è chiaramente cercato, in questo modo, di rimediare alle lacune presentate dallo strumento repressivo⁵⁹³, di cui si è già ampiamente discusso in precedenza. In riferimento ai casi in cui la direttiva deve essere applicata, è stata poi introdotta, su pressione di alcuni Stati che temevano che questa potesse costituire un aggravio in giustificato della procedura in particolari situazioni di scarso rilievo sotto il profilo penale, una sorta di clausola di proporzionalità⁵⁹⁴. Allo stesso articolo viene sancito il criterio per l’applicazione ‘temporale’ dello strumento. In relazione all’identificazione del momento in cui questa viene in rilievo, il testo finale

⁵⁹¹ Direttiva 2010/64/UE, considerando n° 33

⁵⁹² Si veda ad esempio Corte EDU, 15 dicembre 1983, causa 10227/82, *H. c. Spagna*. La causa era stata dichiarata inammissibile a causa di ciò

⁵⁹³ V. BAZZOCCHI, “L’armonizzazione delle garanzie processuali nell’Unione europea: la direttiva sul diritto all’interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali”, *op. cit.*, p. 1054

⁵⁹⁴ Si tratta dell’art. 1.3 il quale recita che “laddove la legislazione di uno Stato membro preveda, per reati minori, l’irrogazione di una sanzione da parte di un’autorità diversa da una giurisdizione competente in materia penale e laddove l’irrogazione di tale sanzione possa essere oggetto di impugnazione dinanzi a tale giurisdizione, la presente direttiva si applica solo ai procedimenti di impugnazione dinanzi a tale giurisdizione.” E’ il caso, ad esempio di infrazioni al codice della strada, *S. CRAS and L. DE MATTEIS*, “The directive on the right of Interpretation and translation in criminal proceedings”, *op. cit.*, p. 157

mantiene la formulazione presente nell'iniziativa, che si riferisce al momento in cui la persona è messa a conoscenza da parte delle autorità del fatto di essere indagata o imputata⁵⁹⁵. La stessa cessa invece di produrre i suoi effetti dalla decisione definitiva sulla vicenda; vi rientrano quindi esplicitamente tutti i potenziali gradi di appello ma non, come invece avrebbe voluto il Parlamento, la fase di esecuzione della sentenza.

Un aspetto innovativo della direttiva - dovuto soprattutto all'impegno del Parlamento per innalzare il livello di garanzia offerto⁵⁹⁶ - è costituito dalle disposizioni che riguardano la qualità dei servizi offerti per la fruizione dei diritti sanciti. Il paragrafo di chiusura di entrambi gli articoli destinati alla disciplina dei diritti oggetto della direttiva, richiede infatti che i servizi offerti presentino una "qualità sufficiente a tutelare l'equità del procedimento, in particolare garantendo che gli imputati o gli indagati in procedimenti penali siano a conoscenza delle accuse a loro carico e siano in grado di esercitare i loro diritti della difesa"⁵⁹⁷. Non si tratta qui di una dichiarazione di principio quanto di un diritto sostanziale, in quanto proprio la scarsa qualità può costituire, accanto alla decisione delle autorità di non fornire il servizio, motivo di ricorso⁵⁹⁸.

Va però notato come la formulazione, oltre a lasciare alle autorità il compito di stabilire a cosa corrisponda un livello di qualità "sufficiente", non sembra compiere quell'auspicabile passo in più che avrebbe determinato la sostituzione a tale parola dell'aggettivo "alta", come suggerito dal Parlamento. Quest'ultimo ha ottenuto in cambio l'impegno degli Stati ad istituire registri di interpreti e traduttori qualificati che assicurino servizi adeguati ed un accesso efficiente agli stessi⁵⁹⁹, azione che rimane però - non costituendo un obbligo - dipendente dalla loro volontà.

a) Il diritto all'interpretazione

Suddividendo l'analisi tra le due garanzie previste dallo strumento, va innanzitutto specificato come solo il diritto all'interpretazione (a titolo gratuito) si ritrovi in forma esplicita nella CEDU, all'art. 6.3.e e rappresenta anche il primo ad essere disciplinato dalla direttiva⁶⁰⁰.

⁵⁹⁵ Art. 1.2 della direttiva 2010/64/UE; diversamente da ciò, la proposta originale della Commissione utilizzava un criterio formale per la verifica del momento in cui la persona veniva messa a conoscenza del fatto di essere indagata, ma, come osservato da alcuni Stati membri nonché dal Segretariato del Consiglio d'Europa, tale impostazione andava contro l'interpretazione fornita dai giudici di Strasburgo, S. CRAS and L. DE MATTEIS, "The directive on the right of Interpretation and translation in criminal proceedings", *op. cit.*, p. 157

⁵⁹⁶ S. CRAS and L. DE MATTEIS, "The directive on the right of Interpretation and translation in criminal proceedings", *op. cit.*, p. 160

⁵⁹⁷ Art. 2.8 e 3.9 della direttiva 2010/64/UE

⁵⁹⁸ Art. 2.5 e 3.5 della direttiva 2010/64/UE

⁵⁹⁹ Art. 5.1 e 5.2 della direttiva 2010/64/UE

⁶⁰⁰ All'art. 2 della direttiva 2010/64/UE

Il punto di gran lunga più dibattuto all'interno del Consiglio è stato quello riguardante l'identificazione delle comunicazioni tra avvocato e cliente alle quali dovesse essere garantito il diritto all'interpretazione. Conformemente alla giurisprudenza della Corte EDU⁶⁰¹, la direttiva prevede l'intervento dell'interprete durante tutte le fasi del procedimento, comprese le udienze preliminari e gli interrogatori di polizia. Questa viene poi estesa - differentemente da quanto emerge dalla giurisprudenza di Strasburgo ed in accoglimento della posizione della LIBE⁶⁰² - a tutte le comunicazioni tra avvocato e cliente correlate "a qualsiasi interrogatorio o audizione durante il procedimento o alla presentazione di un ricorso o di un'altra istanza procedurale"⁶⁰³; l'art. 2.2 specifica però che la correlazione tra le diverse fasi del procedimento e le comunicazioni che necessitino interpretazione deve essere diretta e che queste devono essere necessarie al fine di tutelare l'equità del procedimento.

Tale formulazione è il frutto di un delicato compromesso, reso possibile solo grazie al nuovo quadro istituzionale, che ha sostituito in Consiglio al voto all'unanimità quello a maggioranza qualificata. Ciò ha reso possibile il superamento dell'opposizione di quegli Stati che rimanevano fermi su di una posizione, per ragioni legate al timore di costi eccessivi, che prevedeva una ristretta casistica di comunicazioni alle quali attribuire il diritto all'interpretazione. Questa stessa posizione si fondava sul fatto che i giudici di Strasburgo non avessero mai esplicitamente sancito l'esistenza di un diritto all'interpretazione per le comunicazioni tra avvocato e cliente, ma risultava, in ogni caso, chiaramente contraria allo spirito della direttiva. Inoltre, come sostenuto da un altro gruppo di Stati, tale diritto non poteva che derivare dal diritto alla difesa, ed in particolare da quello all'assistenza legale, che sarebbe altrimenti stato, nella sostanza, negato⁶⁰⁴.

Nonostante la soddisfazione per il raggiungimento di una formulazione che possa ricomprendere svariate occasioni di comunicazione, è già stato evidenziato in dottrina⁶⁰⁵ come, in realtà, la formulazione adottata lasci un ampio margine di interpretazione, e quindi discrezionalità, agli Stati; questo tanto in riferimento all'identificazione delle "altre istanze procedurali", quanto a cosa sia necessario al fine della tutela dell'equità del procedimento ed ancora all'esistenza di un collegamento diretto tra la comunicazione in esame ed il procedimento. Le autorità nazionali potranno quindi di fatto tentare di restringere sensibilmente l'ambito di applicazione della direttiva

⁶⁰¹ E diversamente, invece, da quanto era stato previsto nella proposta di decisione quadro del 2004; si veda Corte EDU, 14 ottobre 2008, causa 40631/02, *Timergaliyev c. Russia*, par. 51

⁶⁰² V. BAZZOCCHI, "L'armonizzazione delle garanzie processuali nell'Unione europea: la direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali", *op. cit.*, pp. 1054-1055

⁶⁰³ Art. 2.2 della direttiva 2010/64/UE

⁶⁰⁴ Per un'analisi più approfondita delle diverse fasi delle negoziazioni che hanno portato a compromesso si veda S. CRAS and L. DE MATTEIS, "The directive on the right of Interpretation and translation in criminal proceedings", *op. cit.*, p. 158

⁶⁰⁵ *Ibidem*, p. 159

e la disposizione in esame sarà quindi probabilmente oggetto di molteplici ricorsi davanti alla Corte di giustizia.

La direttiva prevede poi un'assistenza particolare per persone con problemi di udito o difficoltà di linguaggio – sulla base di un compromesso che rispecchia quanto presente nella proposta della Commissione - ed introduce inoltre la possibilità di far ricorso all'interpretazione a distanza (via teleconferenza, telefono o internet) a patto che “la presenza fisica dell'interprete non sia necessaria al fine di tutelare l'equità del procedimento”⁶⁰⁶.

b) Il diritto alla traduzione

Il diritto alla traduzione, che già dal titolo della disposizione ad esso dedicata (l'art. 3) si preannuncia come diritto alla traduzione di documenti fondamentali, non è esplicitamente previsto dall'art. 6 della CEDU, ma ne è stato derivato per via ermeneutica da parte dei giudici di Strasburgo. Essi lo hanno infatti identificato quale corollario dei diritti attinenti al giusto processo in quanto questo, per essere tale, deve essere compreso dalla persona indagata/imputata anche se non si svolge in una lingua a lui familiare⁶⁰⁷. Conformemente, quindi, la disposizione della direttiva recita che deve essere garantita alla persona indagata/imputata la traduzione scritta di tutti i documenti necessari a garantirle l'esercizio dei diritti della difesa ed a tutelare l'equità del procedimento.

L'elemento di novità rispetto alla giurisprudenza di Strasburgo è costituito dalla gratuità del servizio di traduzione e dall'elencazione di una lista – non esaustiva - di documenti che devono obbligatoriamente considerarsi necessari. Tale lista⁶⁰⁸ è il frutto di un compromesso tra il Consiglio che voleva limitare la traduzione solo ai passaggi più importanti dei documenti ritenuti fondamentali ed il Parlamento, che invece voleva includere anche le prove documentali e le regole di detenzione (una volta di più la soluzione raggiunta riprende la formulazione presente nella proposta della Commissione)⁶⁰⁹.

La richiesta del Parlamento di includere tra i documenti fondamentali quelli che costituiscono elementi di prova sembra tuttavia assolutamente giustificata, in quanto questi costituiscono senza dubbio gli elementi più necessari all'esercizio del diritto di difesa; ci si sente di poter avanzare in

⁶⁰⁶ Rispettivamente, art. 2.3 e art. 2.6 della direttiva 2010/64/UE. Tale ultima opzione, già adottata in diversi Stati membri, potrà contribuire sensibilmente ad abbattere i costi, ed a facilitare la pronta interpretazione, soprattutto di lingue poco diffuse e parlate

⁶⁰⁷ Corte EDU, 19 dicembre 1989, causa 9783/82, *Kamasinski c. Austria*, par. 74

⁶⁰⁸ Presente all'art. 3.2 e comprendente le decisioni che privano una persona della propria libertà, gli atti contenenti i capi d'imputazione e le sentenze

⁶⁰⁹ V. BAZZOCCHI, “L'armonizzazione delle garanzie processuali nell'Unione europea: la direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali”, *op. cit.*, p. 1057

questo senso una citrica sostanziale ed importante al testo adottato e l'auspicio è che l'applicazione dello stesso tenga conto del valore sostanziale della comprensione degli elementi di prova ai fini di assicurare il diritto ad un equo processo.

Inoltre, anche l'obbligo di traduzione dei documenti ritenuti fondamentali presenta due limitazioni. La prima, al par. 4, sancisce che “non è necessario tradurre i passaggi di documenti fondamentali che non siano rilevanti allo scopo di consentire agli indagati o agli imputati di conoscere le accuse a loro carico” - disposizione particolarmente utile a snellire i lavori e tagliare i costi in riferimento soprattutto a casi che coinvolgano una molteplicità di parti⁶¹⁰. Le stesse finalità sono alla base della seconda possibilità di limitazione, offerta dal par. 7, che consente di trasformare la traduzione scritta dei documenti in traduzione o riassunti orali. Il Parlamento, fortemente contrario a tale possibilità⁶¹¹, ha però ottenuto che ne venisse specificato il carattere derogatorio - quindi eccezionale - e che la stessa possa esser concessa solamente a condizione che ciò “non pregiudichi l'equità del procedimento”.

Come già affermato in precedenza, però, tale ultima formulazione apre a molteplici interpretazioni e sarà quindi interessante valutarne la portata in seguito all'intervento delle Corti nazionali e, soprattutto di quella europea. Lo stesso vale in riferimento al margine di esecuzione lasciato alle autorità nazionali nell'individuazione di quali documenti, ad esclusione di quelli presenti nella lista al par. 2, possano essere considerati fondamentali⁶¹², nonché di quali parti di essi possa essere omessa la traduzione⁶¹³. Benché le scelte delle autorità possano fare oggetto di una richiesta motivata da parte dell'indagato/imputato o del suo avvocato, la nozione di documento e parti fondamentali sarà quindi probabilmente molto presto oggetto di rinvio alla Corte di giustizia, che avrà di fatto il potere di incidere notevolmente sulla portata del diritto in esame, e quindi sul valore aggiunto apportato dalla direttiva.

E' infine prevista la possibilità, della rinuncia inequivocabile e volontaria alla traduzione dei documenti⁶¹⁴, previa consulenza legale - o una volta che la persona abbia maturato conoscenza in altro modo delle conseguenze che ciò comporta⁶¹⁵.

⁶¹⁰ S. CRAS and L. DE MATTEIS, “The directive on the right of Interpretation and translation in criminal proceedings”, *op. cit.*, p. 160

⁶¹¹ *Ibidem*; l'emendamento della commissione LIBE introduceva la presenza dell'avvocato quale ulteriore garanzia nel caso di passaggio alla traduzione orale

⁶¹² Come già anticipato in merito alle prove documentali

⁶¹³ S. CRAS and L. DE MATTEIS, “The directive on the right of Interpretation and translation in criminal proceedings”, *op. cit.*, p. 160

⁶¹⁴ Art. 3.7 della direttiva 2010/64/UE

⁶¹⁵ L'aggiunta di tale possibilità che esprime un carattere sostanziale è chiaramente ispirata alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si vedano, a titolo esemplificativo, Corte EDU, 23 novembre 1993, causa 14032/88, *Poitrinol c. Francia*, par. 31; 18 ottobre 2006, causa 18114/02, *Hermi c. Italia*, par. 73; 17 settembre 2009, causa 10249/03 *Scoppola c. Italia (No. 2)*, par. 135

Risulta evidente dall'analisi condotta, come il nuovo quadro istituzionale abbia permesso il raggiungimento di un risultato potenzialmente molto soddisfacente. Il voto a maggioranza qualificata in Consiglio e il ruolo di protagonista e campione dei diritti dei quali il Parlamento si è subito appropriato hanno infatti permesso il raggiungimento di un elevato standard di salvaguardia dei diritti in esame; rimane ciò nonostante da vedere come gli Stati decideranno di servirsi dello strumento che, come evidenziato, in più punti lascia agli stessi margini di interpretazione di non scarso rilievo. Tale ultima considerazione deve in ogni caso essere condotta nella consapevolezza che la Corte di giustizia, in qualità di unica interprete legittima del diritto dell'Unione, potrà sempre fungere da freno ad eventuali derive, che dovessero andare in senso contrario allo spirito dello strumento.

Come è stato affermato in dottrina⁶¹⁶, quindi, la direttiva in esame costituirà probabilmente il terreno di prova per l'azione di interpretazione dei giudici nazionali ed europei in questa nuova area di sviluppo del diritto dell'Unione.

1.2. La direttiva sul diritto all'informazione nei procedimenti penali

A pochi mesi dalla proposta di direttiva⁶¹⁷ sulla prima misura contenuta nella *roadmap*, la Commissione ha fatto seguire quella sulla seconda, il diritto all'informazione nei procedimenti penali, ed il 22 maggio 2012 è stata adottata la direttiva relativa⁶¹⁸.

Il diritto all'informazione (come già quello alla traduzione) non è esplicitamente previsto dalle disposizioni della CEDU - né da quelle della Carta -, ma è chiaramente desumibile dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Questa ha statuito che gli Stati hanno l'obbligo di adottare misure positive al fine di assicurare che la persona indagata o imputata sia consapevole dei suoi diritti - in modo da garantire l'equità del procedimento⁶¹⁹. Inoltre è invece esplicitamente sancito dalla CEDU il diritto dell'indagato ad essere informato della natura e dei motivi dell'accusa⁶²⁰, al fine di preparare la propria difesa e contestare eventualmente la legittimità della detenzione. L'approccio adottato dai giudici di Strasburgo è comunque costante nel ritenere non adempiuto l'obbligo di informazione con la mera messa a disposizione della stessa, ma è invece necessario che

⁶¹⁶ S. CRAS and L. DE MATTEIS, "The directive on the right of Interpretation and translation in criminal proceedings", *op. cit.*, p. 161

⁶¹⁷ Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, COM(2010) 392 def., del 20.7.2010

⁶¹⁸ Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, GUUE L 142 dell'1.6.2012

⁶¹⁹ In particolare la giurisprudenza della Corte EDU fa riferimento al diritto dell'individuo ad essere informato del diritto all'assistenza legale ed al patrocinio gratuito; Corte EDU, 10 agosto 2006, causa 54784/00, *Padalov c. Bulgaria*; 27 marzo 2007, causa 32432/96, *Talat Tunc c. Turchia*; 11 dicembre 2008, causa 4268/04, *Panovits c. Cipro*

⁶²⁰ Articoli 5.2 e 6.3.a della CEDU

le autorità si attivino al fine di assicurare che l'indagato sia effettivamente consapevole dei suoi diritti⁶²¹. Tale aspetto sostanziale del diritto all'informazione emerge da molte disposizioni della direttiva, che, ad esempio, mostra grande attenzione al fatto che la comunicazione sia efficace (vi sono riferimenti all'utilizzo di un linguaggio semplice ed accessibile⁶²², oltre che alla obbligatoria disponibilità delle informazioni in un lingua comprensibile all'indagato/accusato⁶²³).

La direttiva in esame, che è stata soggetta ad un iter decisamente più lungo rispetto a quello dello strumento che l'ha preceduta, mescola caratteristiche ormai tradizionali delle misure di mutuo riconoscimento in materia di cooperazione giudiziaria penale – un fac-simile di documento contenente i diritti - a formulazioni riprese proprio dalla prima direttiva sui diritti procedurali europei, che probabilmente fungerà d'ora in poi da modello⁶²⁴.

Il campo di applicazione è infatti individuato nello stesso modo che già si è riscontrato nella direttiva 2010/64/UE, compreso anche il riferimento all'estensione alla procedura del mandato d'arresto europeo. Inoltre, come nella direttiva 2010/64/UE si trovano nei considerando, espliciti e ricorrenti richiami alla CEDU ed alla Carta, mentre nel testo finale è stato escluso quello, presente nella proposta della Commissione, al Patto internazionale sui diritti civili e politici⁶²⁵. Quest'ultimo è una Convenzione conclusa in ambito ONU, e presenta in ragione di ciò caratteristiche peculiari di stampo non specificatamente europeo. Probabilmente, quindi, ne è stata decisa l'eliminazione dal testo della direttiva per coerenza con la misura precedente e per evitare riferimenti multipli, ai quali si sarebbe dovuta affiancare quello alla relativa azione interpretativa del Comitato per i diritti umani. I considerando della direttiva riprendono quindi gli articoli di CEDU e Carta relativi al diritto in esame, che non sono più solamente quelli dell'equo processo e dei diritti della difesa (articolo 6 della CEDU ed articoli 47 e 48 della Carta)⁶²⁶ ma anche gli articoli che sanciscono il diritto alla libertà ed alla sicurezza e ne disciplinano le restrizioni possibili (articolo 5 della CEDU ed art. 6 della Carta). Proprio con riferimento alla disciplina delle restrizioni applicabili al diritto alla libertà è stato aggiunto un richiamo esplicito alla Corte di Strasburgo, che tramite la sua opera di interpretazione, le ha effettivamente riempite di contenuto e plasmate⁶²⁷.

⁶²¹ Corte EDU, *Panovits c. Cipro*, cit., par. 72-73 in riferimento all'informazione circa il diritto all'assistenza legale ed al gratuito patrocinio; 25 luglio 2000, causa 23969/94, *Mattoccia c. Italia*, par. 65 in relazione al diritto a conoscere i capi d'accusa

⁶²² Art. 3.2, 4.4, 5.2 della direttiva 2012/13

⁶²³ art. 4.5 della direttiva 2012/13

⁶²⁴ Esattamente come è stato per la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo

⁶²⁵ Patto internazionale sui diritti civili e politici, New York, 16 dicembre 1966

⁶²⁶ Considerando n° 5 della direttiva 2012/13

⁶²⁷ Considerando n° 6 della direttiva 2012/13

Vengono altresì mantenuti gli altri riferimenti ai due cataloghi di diritti fondamentali ed alla relativa giurisprudenza, tanto nei considerando⁶²⁸ quanto nell'articolato - tramite la clausola di non regressione⁶²⁹. Infine, come per la direttiva 2010/64, Regno Unito ed Irlanda hanno esercitato l'*opting-in*, facendo quindi ragionevolmente ben sperare anche per le future misure previste dalla *roadmap*.

Passando ad un'analisi critica delle altre disposizioni della direttiva e facendo il confronto tra queste ed il testo della proposta della Commissione si può notare come in molti punti il Parlamento sia riuscito non solo ad evitare un abbassamento degli standard di tutela, ma, anzi ad innalzarli. Il caso più eclatante è sicuramente quello della comunicazione dei diritti al momento dell'arresto. All'art. 3 viene infatti stilata una lista minima di diritti che devono necessariamente essere comunicati alle persone indagate o imputate⁶³⁰, ma il Parlamento ha ottenuto che, oltre a questi, nel caso di arresto viga l'obbligo di comunicazione di un'altra lista di diritti. Questa è costituita da: diritto di accesso alla documentazione relativa all'indagine, diritto di informare le autorità consolari e un'altra persona, diritto di accesso all'assistenza medica d'urgenza, il numero massimo di ore o giorni in cui l'indagato o l'imputato può essere privato della libertà prima di essere condotto dinanzi a un'autorità giudiziaria. A questi si aggiunge, in un paragrafo a parte, il diritto a ricevere informazioni anche sulle possibilità offerte dal diritto nazionale per contestare l'arresto, ottenere il riesame della detenzione o presentare la domanda di libertà provvisoria⁶³¹. L'obbligo di comunicare tali informazioni, unitamente al diritto al silenzio presente già nella lista di cui all'art. 2, è tanto più significativo in quanto rappresenta un *plus* rispetto alle disposizioni della CEDU - ed all'azione ermeneutica dei giudici di Strasburgo - , ed introduce un elemento di uniformità che, se fosse stato recepito in passato da tutti gli Stati, avrebbe probabilmente prevenuto un buon numero di ricorsi davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo⁶³².

⁶²⁸ Articoli 40, 41 e 42 della direttiva 2012/13; si riscontra però una differenza tra questa direttiva e quella sul diritto all'interpretazione ed alla traduzione; in quest'ultima, infatti, il riferimento era tanto all'attività di interpretazione della Corte di Strasburgo che a quella dell'azione della Corte di Lussemburgo, mentre nella direttiva in esame è menzionata solo la prima delle due Corti. La causa di tale differenza sta probabilmente nel fatto che la giurisprudenza della Corte EDU è in materia di restrizione della libertà molto più ricca e che la Corte di giustizia non se ne è mai discostata. Mentre, infatti, il ricorso ad una tutela giurisdizionale effettiva era presente nei Trattati anche prima dell'attribuzione di efficacia vincolante alla Carta (e la Corte di giustizia aveva quindi avuto l'opportunità di pronunciarsi in merito alle questioni attinenti a giusto processo), lo stesso non vale per il diritto alla libertà personale. E' infatti difficile che un atto dell'Unione vada ad incidere direttamente sulla libertà personale degli individui ed ancora più difficile, se non impossibile, era prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

⁶²⁹ Art. 10 della direttiva 2012/13

⁶³⁰ diritto ad un avvocato, condizioni per beneficiare del gratuito patrocinio, diritto di essere informato dell'accusa, diritto all'interpretazione e alla traduzione, diritto al silenzio

⁶³¹ Art. 4 della direttiva 2012/13

⁶³² Si rileva infatti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che gran parte dei problemi di non conformità riguardano le misure positive per garantire un processo equo e lo studio condotto per conto della Commissione sulla situazione dell'applicazione dei diritti procedurali negli Stati membri aveva infatti mostrato come il

Solo l'ultimo dei diritti presenti nella lista era previsto nell'orientamento generale del Consiglio⁶³³, e la proposta della Commissione ne era completamente priva. In cambio, però, Commissione e Parlamento hanno perso la battaglia in riferimento al tentativo di inserire, nello stesso articolo, un riferimento ad accorgimenti da adottare nei confronti di individui particolarmente vulnerabili (la proposta della Commissione faceva specifico riferimento a bambini e persone incapaci di leggere, mentre la formulazione adottata dall'emendamento della LIBE era più ampia e di stampo generale). Il diritto di accesso alla documentazione relativa all'indagine è poi l'oggetto di una disposizione a sé (art. 6), risultata anch'essa controversa. La proposta della Commissione prevedeva infatti che l'intero fascicolo concernente l'indagine dovesse, al termine della stessa, essere messo a disposizione della persona arrestata e detenuta – o del suo avvocato –⁶³⁴ in tempo utile per preparare la difesa⁶³⁵. La formulazione indicata dall'orientamento generale del Consiglio era più specifica ed indicava quale oggetto dell'obbligo di accesso (oltre alle informazioni per “contestare efficacemente” l'arresto o la detenzione, già previste nel testo della Commissione) tutti gli elementi di prova in possesso delle autorità competenti a favore o contro l'indagato o imputato; in particolare il Consiglio era contrario ad utilizzare il termine ‘fascicolo’, ritenendo che questo potesse essere troppo vasto.

Inoltre questo voleva introdurre quale termine massimo per l'accesso a tali documenti il momento in cui l'accusa venisse sottoposta all'esame dell'autorità giudiziaria, non rendendo quindi obbligatorio l'accesso per alcun lasso di tempo pregiudiziale.

Mentre la LIBE era sostanzialmente d'accordo nell'utilizzare termini più specifici per indicare i documenti oggetto di accesso, era invece contraria all'introduzione dell'inizio del processo quale termine ultimo per l'obbligo di concedere l'accesso stesso. Essa avrebbe inoltre voluto introdurre la possibilità di impugnare l'atto che rifiutava l'accesso ai documenti in virtù delle deroghe sopra richiamate, alle quali sarebbe stato aggiunto l'opzione di rischio per l'indagine stessa.

In questo caso il Consiglio ha avuto la meglio su quasi tutta la linea, salvo il fatto che nel titolo che esso voleva modificare in “diritto di accesso alla documentazione sostanziale”, ha prevalso una formula di compromesso proposta dal PE che fa riferimento alla “documentazione relativa all'indagine”; inoltre viene specificato che nel caso le autorità entrino in possesso di ulteriore materiale probatorio, si applica ad esso lo stesso regime di obbligo di accesso.

diritto all'informazione fosse disciplinato in modo molto differente da Stato a Stato, T. SPONKEN and M. ATTINGER, *op. cit.*

⁶³³ Consiglio, doc. 17503/10, Bruxelles, 6.12.2010

⁶³⁴ Era prevista la deroga a tale obbligo per ragioni di sicurezza interna o nel caso in cui ciò andasse a prefigurare un rischio per la vita di un'altra persona.

⁶³⁵ Tale formulazione era ripresa direttamente dalla giurisprudenza della Corte EDU, 25 luglio 2000, causa 23969/94, *Mattoccia c. Italia*, par. 60

Il dibattito intorno alla al termine massimo per l'accesso ai documenti riguardava anche l'articolo precedente della direttiva (art. 6) che disciplina il diritto all'informazione sull'accusa, ed anche in questo caso - in riferimento alla comunicazione di informazioni dettagliate - ha prevalso la soluzione voluta dal Consiglio, che è formulata esattamente come per la disposizione di cui sopra.

Emerge dall'analisi condotta che, comprensibilmente, partendo da un testo proposto dalla Commissione, il Parlamento non sia sempre riuscito ad far adottare standard elevatissimi, ma continua a giocare un ruolo di assoluto primo piano, dialogando con il Consiglio e riuscendo anche ad imporre alcune delle sue posizioni. Anche in questo caso il testo è stato adottato in prima lettura, benché le negoziazioni siano state più intense, come dimostra il fatto che tra l'orientamento generale del Consiglio e l'adozione dell'atto sia trascorso più di un anno. Ciò sembra confermare quel trend precedentemente identificato che vede un ruolo ridotto della Commissione a vantaggio di un dialogo diretto tra Consiglio e Parlamento, divenuto ora pienamente colegislatore.

Un'altra questione - parte importante di quel 'dibattito sul metodo' che, si è detto, verrà affrontato in modo approfondito nel prosieguo - emerge con prepotenza dall'esame della presente direttiva. Questa attiene alla base giuridica con riferimento alla competenza dell'Unione ad esercitare la sua competenza nell'ambito dei diritti procedurali. Nonostante infatti, come si è detto, questi rientrino ora pienamente nelle competenze dell'Unione e la Carta dei diritti sostanzialmente tale competenza, il Trattato presenta l'azione in materia come strumentale alla facilitazione del riconoscimento reciproco tra i diversi ordinamenti nazionali, ed in generale alla cooperazione tra Stati membri in materia⁶³⁶. E' quindi evidente il riferimento al carattere transnazionale per l'ambito di intervento. La direttiva in esame, però, non presenta riferimenti espliciti che restringano il campo d'applicazione alle situazioni a carattere transnazionale e sembrerebbe quindi aver vocazione ad essere vincolante per qualsiasi procedimento penale avviato in uno Stato membro. Dovesse rivelarsi necessaria una modifica agli ordinamenti degli stessi al fine di recepire lo strumento, gli effetti di tale modifica sarebbero necessariamente validi anche per le situazioni a carattere puramente interno.

Tale eventualità è anche più evidente in relazione alla presente direttiva che alla direttiva 2010/64/UE. Il diritto all'interpretazione ed alla traduzione è infatti più probabilmente riconducibile a situazioni a carattere transfrontaliero, anche se, assolutamente, è applicabile anche a situazioni puramente interne, mentre il diritto all'informazione non presenta, di per sé, alcun legame con la trans-nazionalità.

⁶³⁶ All'art. 82.2 TFUE si legge infatti che "Laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria."

Sorgerebbe quindi spontaneo il dubbio circa la possibilità che il legislatore europeo abbia utilizzato la base giuridica fornita dal nuovo Trattato per spingersi al di là di quanto nelle sue competenze da un punto di vista strettamente giuridico. Allo stesso tempo è però vero che obiettivo dell'Unione è da Trattato stesso, la realizzazione di un unico spazio di libertà, sicurezza e giustizia, obiettivo che la direttiva in esame persegue indiscutibilmente e, d'altro canto, la Carta assicura le garanzie della persona davanti alla giustizia indipendentemente dalla dimensione transfrontaliera della situazione di fatto. Inoltre è indubbio che il fatto che le diverse legislazioni nazionali introducano elementi comuni e si avvicinino concorre allo sviluppo di quel mutuo riconoscimento che posto come obiettivo della disposizione utilizzata, appunto, come base giuridica.

La questione resta comunque aperta, in quanto l'interpretazione data della competenza attribuita all'Unione tramite l'art. 82 è sicuramente ampia⁶³⁷, e le diverse posizioni verranno esposte in modo più dettagliato e sviluppate in modo più completo nel momento in cui, al termine dell'analisi degli strumenti, verrà affrontato il richiamato 'dibattito sul metodo'.

1.3. La direttiva relativa al diritto di avvalersi di un difensore e al diritto a informare e comunicare con terzi da momento della privazione della libertà personale

A differenza di quanto accaduto in riferimento alle prime due misure adottate in base alla tabella di marcia sui diritti procedurali europei, la direttiva 2013/48/UE⁶³⁸ differisce abbastanza significativamente dalla proposta originale. Non solo, infatti le modifiche apportate vanno praticamente tutte nella direzione di un abbassamento del livello di garanzie offerto – abbassamento che, come si vedrà, risulta in più punti significativo⁶³⁹.

La differenza tra i due testi è già evidente in riferimento ai termini della citata esclusione del patrocinio gratuito dall'oggetto della decisione. Infatti, nel momento in cui questa viene sancita, il testo della Commissione recitava che “gli Stati membri non applicano disposizioni in materia di patrocinio a spese dello Stato meno favorevoli di quelle vigenti in materia di accesso a un difensore

⁶³⁷ Sulla tensione tra competenze attribuite e diritti fondamentali si veda preliminarmente S. PRECHAL, “Competence Creep and General Principles of Law”, in *Review of European Administrative Law*, 2010, vol. 3, n° 1, pp. 5–22

⁶³⁸ Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari, GU L 294 del 6.11.2013

⁶³⁹ Le maggiori difficoltà di compromesso a cui con tutta probabilità andrà incontro l'iter concernente la misura in esame testimoniano come l'individuazione di una scala di difficoltà all'interno della tabella di marcia sui diritti fondamentali avesse un suo fondamento, e l'evoluzione delle negoziazioni mostrerà se anche la valutazione circa la possibilità di oltrepassare l'*impasse* senza dover cedere ad un gioco al ribasso delle garanzie offerte sia stata corretta.

ai sensi della presente direttiva⁶⁴⁰; tale aspetto è assente nella versione definitiva⁶⁴¹. Essa lascia invece la disciplina del patrocinio gratuito in capo agli Stati membri che -si afferma al considerando n° 48-, in attesa di una normativa dell'Unione in materia, deve essere applicato conformemente alla Carta, alla CEDU ed alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

L'ambito di applicazione è simile nei due testi e riprende quello identificato dalla precedente direttiva 2012/13 anche se, come si vedrà, il caso dell'applicazione della direttiva alla procedura del mandato d'arresto europeo rappresenta invece profili differenti tra le due stesure.

Analizzando le disposizioni che riguardano entrambi i diritti oggetto della direttiva, si notano gli ormai tradizionali⁶⁴² generali richiami alla Carta ed alla CEDU, nonché alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo – tanto tra i considerando, quanto tra le disposizioni (la clausola di non regressione è presente anche nel testo della proposta attuale⁶⁴³). E' scomparso però il riferimento specifico, presente nel testo della proposta, all'obbligo degli Stati a far sì che i mezzi di ricorso messi a disposizione dell'indagato/imputato abbiano come effetto di porre lo stesso “nella condizione in cui si sarebbe trovato se i suoi diritti non fossero stati violati”⁶⁴⁴. Tale posizione corrisponde a quella espressa dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁶⁴⁵, come anche il paragrafo successivo della disposizione presente nel testo della Commissione, il quale prevede che le dichiarazioni rese dall'indagato/imputato o prove raccolte in violazione o in deroga al diritto di accesso ad un difensore non possano essere utilizzate come prove a suo carico⁶⁴⁶. Questa compare nella direttiva in modo che rispecchia chiaramente un compromesso trovato tra Consiglio, che voleva eliminarla⁶⁴⁷ in quanto essa avrebbe introdotto una limitazione per gli Stati, e Parlamento. La formulazione finale costituisce comunque una parziale elusione della giurisprudenza CEDU e appare, anche in forza di ciò, contraria allo spirito della direttiva.

Il testo finale della direttiva diverge poi dalla proposta della Commissione in merito alle condizioni generali di deroga agli obblighi ed ai diritti sanciti. Tanto per il diritto di avvalersi di un difensore quanto per quello di informare un terzo circa la privazione della libertà personale, la direttiva prevede la possibilità di deroga agli obblighi degli Stati sulla base di due distinti motivi imperativi: la necessità di “evitare gravi conseguenze per la vita, la libertà o l'integrità fisica di una persona” e

⁶⁴⁰ Art. 12.2 della proposta COM(2011) 326 def.

⁶⁴¹ Art. 11 della direttiva 2013/48/UE

⁶⁴² Pur nella breve tradizione degli strumenti di armonizzazione dei diritti procedurali europei

⁶⁴³ Art. 12 della direttiva 2013/48/UE

⁶⁴⁴ Art. 13.2 della proposta COM(2011) 326 def.

⁶⁴⁵ Corte EDU, 27 novembre 2008, causa 36391/02, *Salduz c. Turchia*, par. 72

⁶⁴⁶ Art. 13.2 della proposta COM(2011) 326 def.; la formulazione riprende, *Salduz c. Turchia, cit.*, par. 55; lo stesso principio è sancito dalla sentenza *Panovits v Cyprus, cit.*, par. 73-76 nella quale si afferma che, in assenza di ragioni imperiose, la mancanza di assistenza legale durante l'interrogatorio di un indagato costituisce una limitazione dei suoi diritti di difesa, par. 66

⁶⁴⁷ Art. 11 dell'orientamento generale del Consiglio, doc. 10467/12, Bruxelles, 31.5.2012

quella di “prevenire una situazione suscettibile di compromettere in modo sostanziale un procedimento penale”⁶⁴⁸. Questa seconda opzione era assente nella proposta della Commissione, come assente era la possibilità che l’autorizzazione a ricorrere alle deroghe venga non solo da parte di autorità giudiziarie, ma anche di “altre autorità competenti”⁶⁴⁹ (benché la disposizione della direttiva precisi che le relative decisioni devono poter essere sottoposte a controllo giurisdizionale. Si tratta di una questione già oggetto di forti critiche nell’ambito di molti strumenti di mutuo riconoscimento⁶⁵⁰, e che costituisce quindi un elemento di continuità con il passato caratterizzato parò da segno negativo.

a) Diritto di avvalersi di un difensore

Il diritto di accesso ad un difensore emerge dal combinato degli articoli 47 e 48 della Carta, dedicati al giusto processo (il secondo, in particolare, ai diritti della difesa) unitamente al diritto alla libertà ed alla sicurezza sancito dall’art. 6 della stessa, nonché dall’art. 6 della CEDU⁶⁵¹.

Il testo definitivo e la proposta iniziale riconoscono entrambi che il diritto di accesso ad un difensore deve essere garantito il più presto possibile, ma mentre la proposta si leggeva “a partire dalla privazione della libertà personale”, il testo approvato reca la dicitura “senza indebito ritardo dopo la privazione della libertà personale”⁶⁵². Nonostante la differenza sia minima, la seconda formulazione sembrerebbe assicurare una protezione potenzialmente inferiore a quella prevista dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁶⁵³; il Parlamento è però riuscito a scongiurare l’adozione della proposta del Consiglio che recava la dicitura “non appena possibile” in relazione alla privazione della libertà personale.

Il diritto di accesso ad un difensore deve poi essere assicurato prima che l’indagato/imputato sia sottoposto ad un interrogatorio di qualsiasi tipo⁶⁵⁴, a tempo debito prima di comparire davanti ad un giudice penale e nel momento in cui vengano condotti atti in vista della raccolta di elementi di prova. In riferimento a questa ultima situazione, mentre la Commissione proponeva che l’accesso al difensore dovesse essere garantito tutte le volte che vi è il coinvolgimento dell’interessato, il testo

⁶⁴⁸ Art. 3.6 e art. 5.3 della direttiva 2013/48/UE

⁶⁴⁹ Art. 8.2 della direttiva 2013/48/UE

⁶⁵⁰ Come si è visto già nel capitolo 2

⁶⁵¹ Che l’opera della Corte europea dei diritti dell’uomo ha contribuito fortemente a plasmare, *in primis* attraverso la già richiamata sentenza *Salduz c. Turchia*, *cit.*

⁶⁵² Art. 3.2.c della direttiva 2013/48/UE

⁶⁵³ Nella sentenza del 13 ottobre 2009, causa 7377/03, *Dayanan c. Turchia*, al par. 32 si afferma infatti che un indagato ha il diritto all’assistenza legale “as soon as he or she is taken into custody”

⁶⁵⁴ Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo

definitivo rimanda alle legislazioni nazionali e quindi il diritto dipende dalle situazioni in cui queste richiedono la presenza di un difensore.

Un altro *minus* che emerge dal confronto fra il testo della direttiva e la proposta della Commissione deriva dalla caratterizzazione del diritto in esame. Nel testo definitivo vi è una differenza di trattamento sulla base del fatto che la persona indagata/imputata sia o meno sottoposta a condizioni di privazione della libertà. Solo nel primo caso è previsto un obbligo degli Stati ad attivarsi per assicurare alla persona il diritto effettivo di poter far ricorso ad un difensore, mentre la proposta della Commissione non prevedeva alcuna differenza in materia. Tale differenza di trattamento andrebbe a prefigurare, nel secondo caso, una negazione del diritto all'effettivo godimento del diritto in esame, che sembrerebbe entrare in collisione con le disposizioni della CEDU in merito all'equo processo come interpretate dalla Corte di Strasburgo (con riferimento particolare alla giurisprudenza richiamata durante l'analisi della presente direttiva, nonché di quella sul diritto all'informazione nei procedimenti penali). Nel testo definitivo è poi scomparso il diritto del difensore a controllare le condizioni di detenzione del suo assistito e quindi avere accesso al luogo di detenzione. Anche questa ultima disposizione è frutto di uno standard esplicitamente sviluppato dalla Corte di Strasburgo⁶⁵⁵ e la negazione di tale possibilità appare quindi apertamente in contrasto con gli standard minimi già riconosciuti e teoricamente applicati in tutti gli Stati membri.

Altra disposizione che era presente nella proposta della Commissione (art. 10) e di cui non si trova traccia nella direttiva è quella che conferisce il diritto di accesso ad un difensore a qualunque persona altra rispetto all'indagato/imputato che, interrogata dalla polizia nell'ambito di un procedimento penale, venga a sua volta indagata od imputata di aver commesso un reato. Tale articolo si fondava altresì sulla giurisprudenza del giudice di Strasburgo⁶⁵⁶, e la sua assenza dal testo definitivo costituisce quindi un ulteriore motivo di giudizio negativo.

Infine, l'estensione del diritto di accesso ad un difensore viene esteso alla procedura caratterizzante il mandato d'arresto europeo. La direttiva introduce in materia un elemento particolarmente innovativo – l'unico, forse, veramente innovativo di tutto il documento. Si tratta del diritto ad avere accesso anche ad un legale dello Stato che ha emesso il mandato, in modo che questo possa coordinare la difesa con il difensore dello Stato di esecuzione e garantire l'effettivo godimento del diritto relativo. A questo scopo, l'indagato/imputato ha il diritto ad essere informato di tale possibilità⁶⁵⁷.

I termini nei quali l'aspetto in esame era affrontato nella proposta della Commissione risultavano indubbiamente più garantisti, ma, come già per altri aspetti della direttiva, l'intervento del Consiglio

⁶⁵⁵ Corte EDU, *Dayanan c. Turkey*, cit., par. 32

⁶⁵⁶ Corte EDU, *Salduz c. Turkey*, cit., par. 59; *Panovits c. Cyprus*, cit., par. 68

⁶⁵⁷ Art. 10.4, 10.5, 10.6 della direttiva 2013/48/UE

ha pesato non poco, volgendo innegabilmente al ribasso il livello di garanzie. La proposta della Commissione di fatto in gran parte ricalcava e codificava la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo le proposte di modifica avanzate dal Consiglio costituivano sicuramente in parte una posizione a finalità preventiva. Il Parlamento è sicuramente riuscito ad introdurre importanti spunti innovativi, ad arginare il Consiglio ed a cancellarne completamente alcune proposte⁶⁵⁸, ma il risultato che ne emerge non appare comunque soddisfacente. Sotto taluni punti di vista, infatti, sembra proporre standard minimi inferiori a quelli elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

b) Diritto di informare e comunicare dal momento dell'arresto

Il diritto di comunicare al momento dell'arresto si compone di due parti, alle quali corrispondono altrettante disposizioni: il diritto di comunicare l'arresto ad un altro privato (generalmente inteso come un familiare o il datore di lavoro) ed il diritto a comunicarlo alle autorità diplomatiche o consolari – nel caso di uno straniero⁶⁵⁹.

Entrambi si collocano nell'area del diritto alla vita privata e familiare, sancito dall'art. 7 della Carta e l'art. 8 della CEDU⁶⁶⁰ e rappresentano una garanzia contro la violazione dell'art. 3 della CEDU, che esprime il divieto della tortura.

Il diritto di comunicare al momento dell'arresto è, per sua natura, molto meno contestato e problematico del diritto di accesso ad un avvocato - se non altro perché è molto meno articolato e non necessita di una particolare disciplina.

Questa seconda garanzia prevista dalla direttiva non sembra quindi dover destare problemi e sorge spontanea la domanda sul suo posizionamento, nella tabella di marcia, dopo quella concernente il diritto di accesso ad un avvocato, che risulta, con tutta evidenza, fonte di importanti disaccordi.

Il testo della direttiva risulta in questa parte decisamente più articolato della proposta della Commissione, includendo, oltre al diritto a comunicare al momento dell'arresto, anche quello a farlo durante lo stato di privazione della libertà personale. Si tratta di un elemento di garanzia aggiuntivo introdotto dal Parlamento, che, in riferimento a questa parte del documento, è

⁶⁵⁸ Due riferimenti su tutti. In contrasto con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che, pur non escludendo esplicitamente la possibilità di deroghe, ha più volte affermato che il diritto alla riservatezza di tali comunicazioni rappresenta un'importante salvaguardia per i diritti della difesa, il Consiglio aveva proposto di inserire in materia deroghe esplicite. Si veda, in giurisprudenza, Corte EDU, 25 marzo 1992, causa 13590/88, *Campbell c. Regno Unito*, par. 46, al quale viene, tra l'altro, ribadito il carattere di effettività di cui devono godere i diritti garantiti dalla CEDU; 13 marzo 2007, causa 23393/05, *Castravet c. Moldova*, par. 49; 27 marzo 2007, cause riunite 8721/05, 8705/05, 8742/05, *Istratii and others v Moldova*, par. 89. Inoltre il Consiglio proponeva di introdurre limiti alla revoca della rinuncia ad un difensore.

⁶⁵⁹ Rispettivamente articoli 5 e 7 della direttiva 2013/48/UE

⁶⁶⁰ La presentazione dei caratteri di tale diritto verrà condotta in modo diffuso nel capitolo 4 della presente ricerca

effettivamente riuscito a far prevalere la sua visione. Il Consiglio ha comunque ottenuto l'inserimento della deroga al diritto alla comunicazione sulla base dei due motivi e delle condizioni già previste per l'altra componente di diritto presente nel testo (articoli 8 e 9).

Un'ulteriore conquista del Parlamento è costituita dalla disposizione che chiama gli Stati membri a tener conto delle esigenze di imputati ed indagati vulnerabili⁶⁶¹. E' vero che la stessa non contiene alcun riferimento più specifico e non presenta perciò carattere di operatività immediata, ma l'articolo costituisce comunque un modo per far sì che le legislazioni nazionali affrontino la questione. Va inoltre ricordato che la Commissione ha adottato da poco una Raccomandazione in materia⁶⁶², ed il richiamo alla stessa, decisamente più particolareggiata, dovrebbe essere automatico. L'analisi ha reso evidente come, benchè già la proposta della Commissione non presentasse un innalzamento sensibile delle garanzie offerte in materia dalla Corte di Strasburgo, il Consiglio sia riuscito, in alcuni punti, a rendere il testo definitivo addirittura deficitario in relazione a queste. Se non fosse per questi aspetti, il giudizio complessivo sarebbe generalmente positivo, e confermerebbe il ruolo di primo piano acquisito dal Parlamento, ma l'Unione non può permettersi di adottare testi che non presentino standard, senza ombra di dubbio, almeno equivalenti a quelli sviluppati in ambito di Consiglio d'Europa.

Il *trend* al quale già si è fatto riferimento e che vede il dialogo svilupparsi essenzialmente tra Parlamento e Consiglio, tagliando fuori la Commissione, non sembra essere confermato. Evidenza di ciò si riscontra nel fatto che gran parte delle differenze tra la proposta ed il testo definitivo emergano da un compromesso tra le prime due istituzioni, la prima delle quali non si è però appoggiata alle posizioni espresse dalla Commissione -se non in casi sporadici.

Man mano che si procede nella tabella di marcia sui diritti procedurali emergono quindi le difficoltà di raggiungere un accordo, come dimostra il fatto che tra la proposta legislativa e l'approvazione siano passati più di due anni⁶⁶³.

In una situazione simile, il Parlamento potrebbe quindi essere portato a ricercare nuovamente l'appoggio della Commissione, al fine di evitare un compromesso troppo a ribasso del livello delle garanzie. Non è infatti affatto da escludere che, innalzandosi il livello di criticità e volendo gli Stati membri limitare l'armonizzazione in modo decisivo, il Consiglio decida anch'esso di cambiare tattica di negoziazione, passando da un approccio cooperativo con il Parlamento ad una espressione di una dinamica di confronto-scontro.

⁶⁶¹ Articolo 13 della direttiva 2013/48/UE

⁶⁶² Commissione europea, Raccomandazione della Commissione del 27 novembre 2013, sulle garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate in procedimenti penali, GU L 378 del 24.12.2013

⁶⁶³ Da giugno 2011 ad ottobre 2013

2. L'individuazione degli altri diritti processuali

Come già richiamato e largamente esplicitato, la base giuridica utilizzata per l'adozione delle norme sui diritti procedurali è stata introdotta *ad hoc* dal Trattato di Lisbona, in conseguenza –in particolar modo- dell'evidenza della mancanza di quel sostrato comune di norme minime necessario al buon funzionamento dello strumento del mutuo riconoscimento. In un'ottica complessiva, però, che tenga insieme le diverse dimensioni dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia ed abbia come obiettivo il suo sviluppo armonioso, i diritti procedurali non sono gli unici a necessitare di basi comuni. Ciò appare evidente se si pensa a tutti gli aspetti che concernono le indagini, sottoposte a sistemi di garanzia differenti da paese a paese, come a quelli che riguardano la detenzione; a ciò si aggiungano le difficoltà intrinsecamente originatesi dalla dimensione transnazionale, prima tra tutte quella attinente alla possibilità di più processi sovrapposti per lo stesso reato istruiti in Stati diversi.

E' quindi evidente che l'individuazione dei diritti procedurali europei non rappresenta che una parte delle misure necessarie al fine di uno sviluppo coerente ed efficiente dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia. La questione anima il cosiddetto 'dibattito sul metodo', che verrà presentato nelle sue molteplici sfaccettature dopo aver affrontato la questione del *ne bis in idem* in ambito europeo; tale garanzia si è infatti già caratterizzata per un progresso notevole a livello dell'Unione.

2.1. Il principio del *ne bis in idem* nell'ordinamento giuridico dell'Unione

Il principio del *ne bis in idem* ha origine negli ordinamenti nazionali e costituisce la garanzia per l'individuo di non essere perseguito – e quindi punito – più volte per lo stesso atto criminoso. Tale garanzia interviene necessariamente in seguito all'emissione di una sentenza definitiva.

Oltre a quest'ultima caratteristica, la garanzia in esame ne presenta, nell'ordinamento interno degli Stati membri, altre due, già efficacemente richiamate in dottrina⁶⁶⁴: è limitata alla giurisdizione penale (ovvero sono possibili procedimenti di tipo civile o amministrativo al fine di sanzionare gli

⁶⁶⁴ K. LIGETI, "Rules on the application of *ne bis in idem* in the EU. Is further legislative action required?", *cit.*, pp. 37-38

stessi atti⁶⁶⁵), ed è applicabile nella stragrande maggioranza degli ordinamenti unicamente alle persone fisiche⁶⁶⁶.

Nel momento in cui è stata introdotta, già con Schengen, una prima forma di cooperazione più stretta in materia di circolazione tra gli Stati dell'Unione⁶⁶⁷ -in origine solo tra alcuni di essi – tale garanzia è stata dotata di carattere transnazionale. Si trova infatti enunciata all'art. 54⁶⁶⁸ della Convenzione di Applicazione degli Accordi di Schengen⁶⁶⁹, ed ha lo scopo di evitare che una persona che abbia commesso un crimine a carattere transnazionale possa essere processata due volte in due Stati diversi per gli stessi fatti, in relazione ai quali sia stata emessa una condanna definitiva.

In seguito all'incorporazione di Schengen nel quadro giuridico dell'Unione, il principio del *ne bis in idem* ha poi assunto incrementalmente contorni autonomi nell'ordinamento, grazie all'operato della Corte di giustizia⁶⁷⁰.

Tale autonomia ha poi acquisito una valenza più completa ed un riconoscimento quale diritto fondamentale grazie all'inserimento del principio all'art. 50 della Carta. Questo prevede infatti che “nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge”.

La stessa garanzia era prevista all'art. 4 del Protocollo n° 7 allegato alla CEDU⁶⁷¹, ma, in confronto a quella qui riportata, la formulazione della Carta presenta due aspetti marcatamente differenti. Il primo riguarda il territorio sul quale vige il divieto del duplice procedimento. La Carta, superando tanto la formulazione del protocollo alla CEDU (che chiamava in causa unicamente le situazioni puramente interne agli Stati) quanto quella della CAAS (che faceva riferimento solo alle situazioni transfrontaliere), l'ha infatti esteso a tutta l'area dell'Unione, rendendo quindi il principio stesso

⁶⁶⁵ Tale caratteristica è alla base del fatto che il Protocollo n° 7 annesso alla CEDU, in vigore dal 1988, - il quale contiene, al suo art. 4, la garanzia del *ne bis in idem* - non sia ancora stato ratificato da un gran numero di Stati membri dell'Unione e che, molti tra quelli che lo hanno ratificato, abbiano formulato riserve o dichiarazioni in merito. La formulazione del *ne bis in idem* contenuta nel Protocollo presenta infatti un valore che si scontra con tale tradizione nazionale, in quanto vieta il doppio procedimento anche nel caso in cui uno di essi sia di natura diversa da quella penale. Tale questione è stata richiamata in modo esaustivo recentemente dall'Avvocato generale Cruz Villalon nelle sue conclusioni in merito alla causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*. Conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalon del 12 giugno 2012, causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, non ancora pubblicata in Raccolta, punti 72-74.

⁶⁶⁶ Come specificato “In those legal systems that recognise the criminal sanctioning of legal entities, it is therefore usually accepted that both the individual and the legal entity may be prosecuted and sanctioned for the same acts”, K. LIGETI, *op. cit.*, p. 38

⁶⁶⁷ In particolare a seguito, come si è detto, dell'incremento dei flussi di cose, persone e servizi in ragione dell'instaurazione del mercato interno

⁶⁶⁸ “Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una parte contraente non può essere sottoposta a un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge della parte contraente di condanna, non possa più essere eseguita”

⁶⁶⁹ Convenzione di applicazione degli Accordi di Schengen, Schengen, 1990

⁶⁷⁰ Come già rapidamente richiamato nello scorso capitolo

⁶⁷¹ Protocollo n° 7 allegato alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Strasburgo, 1984

universale all'interno della stessa. L'art. 50 introduce poi esplicitamente il riferimento al fatto che il divieto del duplice procedimento riguarda l'ambito penale, sottintendendo, come confermato dalla Corte di giustizia nella recente sentenza *Åklagaren*, che un duplice ricorso al giudice è possibile se una delle due giurisdizioni coinvolte non intende imporre sanzioni di tipo penale⁶⁷². La sentenza richiamata ha quindi sostanziato l'autonomia del principio del *ne bis in idem* codificato dall'art. 50 della Carta all'interno dell'ordinamento dell'Unione, autonomia che l'Avvocato generale ha spinto fino al punto da far emergere in modo esplicito la differenza che esiste tra questo e la garanzia riconosciuta dall'art. 4 del protocollo n° 7 alla CEDU e dalla relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁶⁷³.

Prima ancora dell'attribuzione alla Carta di valore giuridico vincolante, il principio in esame aveva inoltre fatto la sua comparsa nei maggiori strumenti di mutuo riconoscimento, a partire dalla decisione quadro sul mandato d'arresto, che lo annovera, in forma leggermente diversa, sia tra i motivi di non esecuzione obbligatoria che tra quelli di non esecuzione facoltativa⁶⁷⁴. Lo stesso si ritrova poi tra i motivi facoltativi di non esecuzione del mandato europeo di ricerca della prova⁶⁷⁵ e tra quelli di non esecuzione dell'ordine europeo di indagine penale (secondo l'ultimo testo frutto dell'accordo in Consiglio)⁶⁷⁶.

Il fatto che il principio del *ne bis in idem* venga annoverato tra i motivi facoltativi di rifiuto alla cooperazione è, soprattutto oggi, in seguito all'attribuzione di valore giuridico vincolante alla Carta, criticabile. Alla luce di ciò, infatti, il *ne bis in idem* dovrebbe costituire senza alcun dubbio un motivo di rifiuto automatico dell'esecuzione di un qualsiasi atto tra quelli elencati. Tale mancanza rappresenta un *vulnus* dal punto di vista della protezione dei diritti individuali⁶⁷⁷, quanto da quello della costruzione di un unico spazio europeo di giustizia: il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie dovrebbe infatti esserne alla base.

Come anticipato, però, tali clausole – con particolare riferimento a quella del mandato d'arresto europeo –, ed ancora di più la presenza dell'art. 54 della CAAS, hanno avuto l'importante funzione, prima dell'adozione della Carta quale fonte vincolante, di permettere alla Corte di

⁶⁷² CGUE, 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, non ancora pubblicata in Raccolta, punto 37; il giudice dell'Unione specifica poi come nel caso di un duplice procedimento del tipo di quello concesso debba intervenire, in riferimento alla pena, il criterio della proporzionalità, che si esprime nel tenere nella giusta considerazione la prima sanzione al momento di comminare la seconda. La sentenza richiamata, ed ancor più il ragionamento sviluppato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni, assume poi una grande importanza in riferimento alla chiarificazione del rapporto tra CEDU e Carta dei diritti fondamentali dell'UE, nonché della valenza della prima nell'ordinamento dell'Unione.

⁶⁷³ Conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalon, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, punti 75-79, 84-87

⁶⁷⁴ Rispettivamente art. 3 par. 2 e 4 par. 3 (ma lo stesso principio è alla base anche dei paragrafi 2 e 5) della decisione quadro 2002/584/GAI

⁶⁷⁵ Art. 13 par. 1 lett. a) della decisione quadro 2008/978/GAI

⁶⁷⁶ Art. 10 par. 1 lett. e) dell'orientamento generale del Consiglio, doc. 18918/11, del 21 dicembre 2011

⁶⁷⁷ Nonché, indirettamente, della libertà di circolazione

individuare incrementalmente una nozione del principio del *ne bis in idem* autonoma del diritto dell'Unione.

2.1.1. Il ruolo della Corte nella definizione della nozione di *ne bis in idem* a livello dell'Unione

Successivamente all'incorporazione dell'*acquis* di Schengen nel quadro giuridico dell'UE, la Corte di giustizia è stata chiamata ripetutamente ad interpretare l'art. 54 della CAAS. Proprio in ragione della collocazione originale del principio, che vedeva unicamente quivi la sua espressione transnazionale, la Corte ha costruito la sua giurisprudenza sull'assunto, espresso nella sentenza *Gözütok e Brügge* – la prima in materia – che la *ratio* dietro tale disposizione fosse la garanzia del diritto alla libertà di circolazione⁶⁷⁸. In assenza, infatti, del divieto di essere giudicati due volte in due Stati diversi per lo stesso crimine, questa ne sarebbe risultata ostacolata. Ne derivava quindi la necessità di realizzare un bilanciamento tra la libertà di circolazione ed una lotta efficace alla criminalità⁶⁷⁹.

Tale necessità è stata resa più esplicita in occasione della successiva sentenza *Miraglia*⁶⁸⁰, nella quale i giudici di Lussemburgo hanno esplicitato che la libertà di circolazione non può ostacolare l'obiettivo della sicurezza per i cittadini ma, al contrario può, in particolari condizioni, esserne giustificatamente limitata: una corretta interpretazione del *ne bis in idem* deve quindi operare il giusto bilanciamento tra le due esigenze⁶⁸¹.

La sentenza *Gözütok e Brügge* è poi particolarmente rilevante sotto due ulteriori profili. Il primo attiene al fatto che questa assume *a priori* l'esistenza di fiducia reciproca tra gli Stati membri, affermandola a dispetto della necessità di procedere all'armonizzazione o anche solo all'approssimazione delle norme di diritto penale sostanziale e procedurale⁶⁸². Tale esaltazione del mutuo riconoscimento, se da un lato ha sicuramente aiutato in occasione dei primi approcci, ha però impedito l'emersione di quel problema latente⁶⁸³ legato proprio alla mancanza di un livello sufficientemente elevato di fiducia reciproca.

⁶⁷⁸ CGUE, 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügge*, in Racc. 2003, p. I-1345 e segg., punto 38.

⁶⁷⁹ C. RIJKEN, "Rebalancing security and justice: protection of fundamental rights in police and judicial cooperation in criminal matters", in *Common Market Law Review*, vol. 47, 2010, p. 1482

⁶⁸⁰ CGUE, 10 marzo 2005, causa C-469/03, *Miraglia*, in Racc. 2005, p. I-2009 e segg. punto 34

⁶⁸¹ K. LIGETI, *op. cit.*, p. 39

⁶⁸² CGUE, *Gözütok e Brügge*, *cit.*, punti 32-33. Si veda sul punto K. LIGETI, "Rules on the application of *ne bis in idem* in the EU. Is further legislative action required?", in *Eucrim*, n° 1-2, 2009, pp. 37-43

⁶⁸³ Ma dalle ricadute fondamentali, come è stato già ampiamente dimostrato

Il secondo profilo riguarda il contributo fornito dalla Corte alla definizione degli elementi costituenti del principio in esame, ed in particolare della nozione di “sentenza definitiva”. L’esatto significato e la portata di tale nozione, insieme a quelli di “stessi fatti”, costituiscono infatti gli elementi centrali dell’opera ermeneutica giurisprudenziale⁶⁸⁴. Nella sentenza richiamata, in particolare, la Corte ha giudicato il principio in esame applicabile alle decisioni di un pubblico ministero idonee a definire il procedimento penale senza l’intervento del giudice - il patteggiamento. Essa ha infatti statuito come sia da considerare “sentenza definitiva” ai fini dell’applicazione del *ne bis in idem* una decisione che estingue l’azione penale e sia “emessa da un’autorità incaricata di amministrare la giustizia penale”⁶⁸⁵ che colpisca il comportamento illecito contestato.

La Corte ha poi ulteriormente specificato l’ambito di applicazione della nozione tramite i casi *Van Straaten e Gasparini*⁶⁸⁶. Nel primo è stato qualificato di “sentenza definitiva” anche il caso in cui l’imputato sia stato assolto per mancanza di prove⁶⁸⁷, mentre nel secondo è stata affermata l’operatività del principio rispetto alle decisioni di assoluzione per prescrizione⁶⁸⁸. In questo ultimo caso la Corte, contrariamente a quanto suggerito dall’Avvocato generale, ha ancora una volta adottato un ragionamento coerente con il principio del mutuo riconoscimento, riconfermando che l’interpretazione della disposizione e del principio in esame non possono in alcun modo dipendere dall’ordinamento penale nazionale⁶⁸⁹.

Con la precitata sentenza *Miraglia* è invece stata esclusa l’applicazione del *ne bis in idem* al caso di una decisione assunta in mancanza di valutazione nel merito dei fatti⁶⁹⁰. Secondo una logica simile, il caso *Turansky* ha permesso alla Corte di specificare l’accezione di “definitività” della decisione, affermando che essa non interviene se non si pone fine all’azione penale nello Stato interessato –nel caso di specie si trattava di una decisione di sospensione che non impediva l’avvio di nuovi procedimenti⁶⁹¹. Infine, con la sentenza *Bourquain*, la Corte ha affermato che l’applicazione del *ne*

⁶⁸⁴ Per un’analisi panoramica della relativa giurisprudenza, che verrà qui comunque ripercorsa, si veda la nota 388 dello scorso capitolo

⁶⁸⁵ CGUE, *Gözütok e Brügge*, cit., punto 28

⁶⁸⁶ CGUE 28 settembre 2006, causa C-150/05, *J. L. Van Straaten c. Staat der Nederlanden e Repubblica italiana*, in Racc. 2006, p. I-9327 e segg., CGUE 28 settembre 2006, C-467/04, *Gasparini e altri*, in Racc. 2006, p. I-9199 e segg.

⁶⁸⁷ CGUE, *J. L. Van Straaten c. Staat der Nederlanden e Repubblica italiana*, cit., punti 59-61

⁶⁸⁸ CGUE, *Gasparini e altri*, cit., punti 22-23

⁶⁸⁹ CGUE, *Gasparini e altri*, cit., punto 30. L’Avvocato generale aveva infatti espresso la convinzione che la fiducia reciproca non dovesse spingersi fino all’accettare definitivamente conclusa una causa unicamente in ragione dell’espiazione dei termini di prescrizione, in quanto ciò avrebbe prefigurato un livellamento negativo al minimo comune denominatore, Conclusioni dell’Avvocato generale Sharpstone del 15 giugno 2006, causa C-467/04, *Gasparini e altri*, in Racc. 2006, p. I-9199 e segg., punti 108-109

⁶⁹⁰ CGUE, *Miraglia*, cit., punto 30; nel caso di specie, il procuratore legale olandese aveva rinunciato a proporre azione penale nei confronti del sig. Miraglia in ragione della consapevolezza che un processo per i medesimi fatti era stato istruito in Italia.

⁶⁹¹ CGUE, 22 dicembre 2008, causa C-491/07, *Turansky*, in Racc. 2008, p. I-11039 e segg., punto 40

bis in idem si estende anche al caso in cui la pena non sia mai stata eseguita per impossibilità legate alla legislazione nazionale⁶⁹²: secondo l'art. 54 della CAAS, il principio si applica “a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o [...] secondo la legge della parte contraente di condanna, non possa più essere eseguita”. Ciò anche nella situazione in cui l'esecuzione sia stata in precedenza resa impossibile da peculiarità procedurali nazionali, che nel caso di specie implicavano l'emissione di una seconda sentenza di condanna pronunciata in presenza dell'imputato⁶⁹³.

Passando alla connotazione offerta dalla Corte di giustizia della nozione di “stessi fatti”, la definizione è stata fornita nella sentenza *Van Esbroeck*, e si riferisce alla “sola identità dei fatti materiali, ricomprendente un insieme di fatti inscindibilmente collegati tra loro, indipendentemente dalla qualificazione giuridica dei fatti medesimi o dall'interesse giuridico tutelato”⁶⁹⁴. Le successive pronunce hanno ripreso, praticamente immutata, tale formulazione⁶⁹⁵ ma un ulteriore passo in avanti è stato compiuto con il caso *Mantello*⁶⁹⁶ del 2010⁶⁹⁷. Per richiamare in breve il suo apporto – sul quale ci si è già dilungati in precedenza⁶⁹⁸ - esso si esplica in relazione a due profili: l'affermazione che la nozione di “stessi fatti” assume un significato autonomo nell'ambito del diritto dell'Unione ed il fatto che, per la prima volta, i giudici hanno di fatto applicato il principio del *ne bis in idem* in quanto contenuto nella Carta (si ricorda, infatti, come fosse assente l'elemento transnazionale nella volontà di perseguire la persona oggetto del mandato).

L'evoluzione giurisprudenziale tratteggiata mostra come il principio in esame, da strumentale alla libertà di circolazione sia divenuto una salvaguardia procedurale in sé, espressione di un principio generale del diritto. Tale processo ha visto il suo compimento con la già citata sentenza *Åklagaren* che, affermando l'autonomia giuridica all'interno dell'ordinamento dell'Unione in riferimento a tutte le componenti del principio in esame, ne ha anche riconosciuto il valore di diritto fondamentale sulla base della Carta. Quest'ultima è stata quindi qui identificata come fonte primaria, autonoma e autosufficiente – quindi prevalente rispetto alle altre fonti internazionali, come era giusto attendersi dopo l'acquisizione di valore giuridico vincolante in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona - per la codificazione degli elementi caratterizzanti i diritti

⁶⁹² CGUE, 11 dicembre 2008, causa C-297/07, *Bourquain*, in Racc. 2008, p. I-9525 e segg., punti 51-52

⁶⁹³ Ciò era infatti previsto dalla legislazione francese ed aveva condotto, nel caso *a quo*, al superamento dei termini di prescrizione

⁶⁹⁴ CGUE, 9 marzo 2006, causa C-436/04, *Van Esbroeck*, in Racc. 2006, p. I-2333 e segg., punti 27, 36 e specificata al punto 38; tale impostazione si ritrova anche nelle sentenze successive

⁶⁹⁵ CGUE, *Van Straaten*, cit., punto 48; *Gasparini*, cit., punto 54; CGUE, 18 luglio 2007, causa C-367/05, *Norma Kraaijenbrink*, in Racc. 2007, p. I-6619 e segg., punto 26

⁶⁹⁶ CGUE, 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*, in Racc. 2010, p. I-11477 e segg.

⁶⁹⁷ Questo è già stato richiamato ed analizzato nello scorso capitolo in quanto concerne l'interpretazione delle componenti del *ne bis in idem* in relazione all'art. 3.2 del mandato d'arresto europeo, il quale obbliga al rifiuto della consegna del ricercato

⁶⁹⁸ In tema di mandato d'arresto europeo

fondamentali all'interno del sistema giuridico dell'Unione⁶⁹⁹. Come già successo in altri ambiti, il ruolo della Corte è quindi passato da difensore della libertà di circolazione a quello di giudice quasi-costituzionale, nel momento in cui ha, tramite la sentenza richiamata, confermato in riferimento all'art. 50 della Carta, l'interpretazione del *ne bis in idem* da essa stessa precedentemente fornita.

La duplice valenza del principio quale diritto fondamentale e della difesa, contribuisce tuttora a renderne difficile l'applicazione. Manca infatti uno strumento normativo che offra regole precise in materia, e le pronunce della Corte di giustizia, per quanto numerose, non sono ancora in grado di sopperire a tale mancanza. Le difficoltà non si limitano comunque unicamente a ciò.

2.1.2. I nodi ancora irrisolti legati all'applicazione del principio del *ne bis in idem*: verso l'adozione di una direttiva?

La recente attribuzione di valore giuridico vincolante alla Carta pone innanzitutto la questione dell'applicazione delle eccezioni al principio del *ne bis in idem* che si trovano all'art. 55 della CAAS - e sono quindi ricomprese nell'*acquis* di Schengen. Ciò a partire dall'eccezione incentrata sul principio di territorialità, che appare antitetico alla logica fondante il principio del mutuo riconoscimento. Il diritto enunciato nella Carta, infatti, non contempla le eccezioni richiamate e si profila perciò un potenziale scontro tra le due fonti di diritto⁷⁰⁰. Benché la Carta non sia formalmente sovraordinata al resto del diritto primario dell'UE, ne rappresenta il fondamento ed i principi inviolabili (se non nei limiti indicati dalla stessa), ed il principio del *ne bis in idem* non è posto dalla CAAS in modo universale come invece avviene nella Carta⁷⁰¹, la cui formulazione appare coerente con la costruzione di un unico spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Ne consegue che il giudice chiamato a dirimere un eventuale contrasto dovrebbe, ad oggi, far prevalere la Carta.

La discrepanza tra le due fonti è stata rilevata anche dalla Commissione, che in un *working document*⁷⁰² del 2005 ha infatti proposto, al fine di rafforzare il carattere di diritto fondamentale del principio in esame, la rimozione delle eccezioni e delle condizioni d'applicazione contenute negli art. 54 e 55 della CAAS. Tale proposta non ha però, al momento, avuto alcun riscontro effettivo ed

⁶⁹⁹ Come emerge dai punti 32-35 della sentenza, *CGUE, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, cit.*; sugli sviluppi recenti della salvaguardia dei diritti fondamentali ad opera della Corte e sul ruolo della Carta, si veda, diffusamente, V. SKOURIS, "Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson", in *Il diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, n° 2, 2013 pp.229-243

⁷⁰⁰ Il giudice eventualmente chiamato a decidere la questione potrebbe forse tentare un riferimento al principio della *lex specialis* in relazione alla CAAS ma benché questa disciplini deroghe al diritto non presenti nella Carta, il principio in esame non rappresenta il fine ultimo della Convenzione ed interviene in modo parziale in materia

⁷⁰¹ Come già ricordato, nella prima era infatti ancora presente il riferimento alla transfrontalierità

⁷⁰² Commission Staff Working Document SEC (2005) 1767 - Annex to the Green Paper on conflicts of jurisdiction and the principle of *ne bis in idem* in criminal proceedings {COM(2005) 696 final}, p. 55

il suo contenuto non offre comunque una soluzione ai maggiori problemi legati all'applicazione del principio in esame. Questi possono essere scomposti in due aspetti principali: uno legato all'elevazione del principio stesso dal livello nazionale a quello europeo, l'altro alla mancanza di altrettanti presupposti normativi sovranazionali.

Analizzando separatamente i due profili, il primo è - come detto - legato alle origini nazionali, e quindi territoriali, del principio stesso: esso costituisce per l'individuo un diritto processuale ed al tempo stesso assicura la legittimazione dell'ordinamento giuridico di cui è espressione tramite il riconoscimento del valore aggiudicativo delle sentenze. La giurisprudenza della Corte non ha però (ancora) espresso un chiaro bilanciamento tra contrastanti valori di certezza giuridica e la giustizia materiale - quindi il rispetto dei diritti del singolo - a livello sovranazionale. Non appare infatti chiaro e giuridicamente certo che tutte le situazioni in cui vi è, a livello nazionale, un impedimento a successivi procedimenti, magari di tipo puramente formale, possano fondare l'applicazione del *ne bis in idem* a livello sovranazionale. Anche nel recente caso *Turansky*, nel momento in cui la Corte ha fatto riferimento unicamente alla decisione finale del pubblico ministero come azione che mette fine al procedimento, ha implicitamente lasciato aperta la possibilità che la decisione di un altro organo investigativo ritenuta definitiva a livello nazionale non venga riconosciuta nello stesso modo a livello sovranazionale⁷⁰³.

Passando al secondo degli aspetti critici identificati in riferimento all'applicazione del *ne bis in idem*, il richiamo è alla mancanza di un livello generale minimo di armonizzazione di garanzie procedurali e processuali che, fornendo uno standard uniformemente riconosciuto di giustizia materiale, vada automaticamente a corrodere la problematica sopra esposta. In linea con la tempistica del dibattito in materia, su iniziativa della Presidenza del Consiglio greca, nel 2003 era stata presentata una proposta di decisione quadro sul principio del *ne bis in idem*⁷⁰⁴, proprio con l'intenzione di fornirne una codificazione chiara ed unica, valida per tutto il territorio dell'Unione. L'iniziativa si era però arenata anche in vista del sopraggiungere, due anni più tardi, del Libro verde della Commissione in proposito⁷⁰⁵, il quale non ha però, a sua volta, avuto un seguito significativo sotto il profilo in esame. Peraltro, benché il Libro verde fosse dedicato ai conflitti di giurisdizione ed al principio del *ne bis in idem*, tale secondo aspetto risultava marginale, come dimostra il fatto che l'unico risultato della consultazione e del

⁷⁰³ K. LIGETI, *op. cit.*, pp. 41-42

⁷⁰⁴ Iniziativa della Repubblica ellenica in vista dell'adozione della decisione quadro del Consiglio sull'applicazione del principio "ne bis in idem", GU C 100 del 26.04.2003; a tale anno risale anche, come si ricorderà, il Libro verde della Commissione su "Garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea", COM (2003) 75 def.

⁷⁰⁵ Commissione europea, Libro Verde sui conflitti di giurisdizione e il principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali, COM(2005) 696 def., del 23.12.2005

processo annesso è stato l'adozione della decisione quadro 2009/948⁷⁰⁶ sulla prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione. Come si vede già dal titolo, la questione relativa al principio in esame era quindi passata in secondo piano, in uno strumento che, inoltre, già di per sé non apporta un valore aggiunto significativo. La decisione quadro identifica infatti alcune modalità di cooperazione, e non identificando alcuna istanza *super partes* lascia di fatto ancora alla volontà degli Stati membri la scelta di impegnarsi o meno per la composizione dei conflitti e di raggiungere un risultato condiviso⁷⁰⁷.

Il fatto che il tema dei diritti sia stato parzialmente eluso in tale situazione non deve far pensare che sia stato riconosciuto come meno fondamentale, ma anzi è riprova del suo carattere delicato e controverso. Resta quindi aperta tuttora la questione dell'adozione di una direttiva *ad hoc* sul *ne bis in idem* quale diritto della difesa sulla base dell'art. 82 TFUE, ma la scelta istituzionale di concentrarsi sulla tabella di marcia – accanto alla ricca attività giurisprudenziale - rende questa ipotesi, almeno nel breve termine, alquanto improbabile.

2.2. Il nuovo pacchetto di diritti procedurali europei: una prima valutazione

A riprova dell'indirizzo d'intervento dell'Unione, la Commissione ha presentato recentemente un nuovo pacchetto di misure in ambito di garanzie procedurali.

Le direttive sarebbero, rispettivamente, la prima volta a rafforzare la presunzione d'innocenza e il diritto di presenziare al processo⁷⁰⁸, una seconda su garanzie speciali per i minori coinvolti in un procedimento penale⁷⁰⁹, ed una terza sul diritto all'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato⁷¹⁰. Le due raccomandazioni riguardano invece la garanzie procedurali per persone vulnerabili⁷¹¹ e il diritto al patrocinio a spese dello Stato⁷¹².

⁷⁰⁶ Decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali, GU L 328 del 15.12.2009

⁷⁰⁷ La decisione quadro prevede infatti il coinvolgimento di Eurojust, ma unicamente per le questioni che rientrano negli ambiti di sua competenza, ed inoltre il suo parere non è vincolante per le parti

⁷⁰⁸ Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, COM(2013) 821 def., del 27.11.2013

⁷⁰⁹ Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali, COM(2013) 822 def., del 27.11.2013

⁷¹⁰ Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo, COM(2013) 824 final, Bruxelles, 27.11.2013

⁷¹¹ Commissione europea, Raccomandazione della Commissione del 27 novembre 2013, sulle garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate in procedimenti penali, (2013/C 378/02), GU C 378 del 24.12.2013

⁷¹² Commissione europea, Raccomandazione della Commissione del 27 novembre 2013 sul diritto al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati in procedimenti penali, (2013/C 378/03), GU C 378 del 24.12.2013

Due aspetti risultano immediatamente evidenti: il primo attiene al carattere delle misure, ancora meramente procedurale in senso stretto; il secondo concerne la circospezione con cui agisce la Commissione nel momento in cui si sposta ad affrontare temi più divisivi per i differenti Stati membri. Il campo di applicazione delle due raccomandazioni racchiude infatti due delle proposte di direttive, che ne costituiscono un aspetto particolare. Tre sono quindi i campi d'intervento individuati: le garanzie procedurali per persone vulnerabili, il diritto al patrocinio a spese dello Stato e il combinato tra presunzione di innocenza e diritto a presenziare al proprio processo.

Con riferimento alle direttive, al momento sono disponibili solo le proposte della Commissione, che sono quindi suscettibili di modifiche anche significative ad opera di Consiglio e Parlamento, ma queste meritano comunque una prima valutazione globale.

Partendo dall'ultimo ambito citato, la proposta accorpa in realtà molteplici diritti. Vengono infatti garantiti il diritto alla presunzione di innocenza fino a sentenza definitiva, quello a non essere presentato come colpevole dalle autorità pubbliche fino a tale momento, il fatto che l'onere della prova di colpevolezza ricada sull'accusa e che ogni dubbio deve valere in favore dell'imputato, ancora il diritto di questo a non incriminarsi, quello a non cooperare, il diritto al silenzio e, infine, quello a presenziare al proprio processo. La gamma è quindi molto vasta, benchè non tutti siano applicati indifferentemente a tutti i soggetti privati, né nello stesso modo.

Il campo d'applicazione indicato all'articolo 2 è quello di persone fisiche indagate o imputate in un procedimento penale. Uno dei primi aspetti a venire in risalto è quindi il fatto che le persone giuridiche sono escluse dallo scopo della proposta; il nodo è sicuramente difficile in ragione delle diverse legislazioni vigenti negli Stati membri, ma il fatto che non venga nemmeno preso in considerazione nella proposta rende molto difficile affrontarlo in un momento successivo all'approvazione della direttiva in questione.

Inoltre, come avviene in tutti gli Stati membri, il diritto a presenziare al proprio processo non è assoluto. L'art. 8 precisa le condizioni alle quali la condanna può avvenire in contumacia e, in base all'articolo successivo, se tali condizioni non sono presenti, l'interessato ha il diritto a chiedere un nuovo processo.

In riferimento poi ai mezzi di ricorso, la proposta inserisce il richiamo al fatto che la forma più appropriata di ricorso è “garantire che l'indagato o imputato possa, per quanto possibile, essere posto nella condizione in cui si sarebbe trovato se i suoi diritti non fossero stati violati”⁷¹³. La Commissione aveva provato ad inserire tale formulazione anche nella direttiva 2013/48/EU⁷¹⁴, ma il testo definitivo della stessa non la prevede; è quindi molto probabile che la stessa cosa succederà

⁷¹³ Art. 10 della proposta

⁷¹⁴ Si veda paragrafo 1.3.

per la direttiva in esame, determinando un'ulteriore elusione del livello minimale di garanzie offerto dalla CEDU.

Le garanzie richiamate sono tutte già previste dalle norme sul giusto processo sviluppate in sede di Consiglio d'Europa e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Posto che la clausola di non regressione già pone il livello di protezione offerto dalla CEDU quale livello minimo, il valore aggiunto della proposta dovrebbe esprimersi in un'elevazione del grado di protezione. Da un'analisi del memorandum di accompagnamento alla proposta, appare però come il grado di salvaguardia si assesti precisamente su quello garantito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Fa eccezione il riferimento al fatto che la scelta di non cooperare (art. 6) o di ricorrere al silenzio (art. 7) non possa essere usato contro l'imputato nel corso del processo, né possa costituire conferma di fatti oggetto del procedimento stesso. Una qualsiasi differente opzione andrebbe infatti ad inficiare la sostanza dell'esercizio dei diritti presi in esame⁷¹⁵.

Abbordando il campo della protezione dei soggetti vulnerabili, la raccomandazione è ad ampio spettro, mentre la proposta di direttiva affronta unicamente la questione dei minori. Tale scelta è facilmente comprensibile in quanto il fatto che i minori costituiscano in modo chiaro una categoria vulnerabile è riconosciuto in tutti gli Stati membri. Inoltre, il noto caso *Pupino* – benché in questo caso i minori fossero vittime – aveva già attirato l'attenzione sul punto in sede di Unione europea. Non dovrebbe suscitare contrasti la soglia d'età - che l'articolo 3 fissa a diciotto anni in conformità con la Convenzione Onu sui diritti del fanciullo⁷¹⁶ - per poter considerare un soggetto come minore, mentre la proposta non incide sull'età soglia della responsabilità penale, che rimane a discrezione dei diversi ordinamenti nazionali.

Le disposizioni presenti nella proposta prendono effettivamente in esame una vasta gamma di aspetti attinenti alla protezione del minore, ma, ancora una volta, non si riscontrano aspetti innovativi rispetto a quanto già affermato da strumenti di diritto internazionale. In questo caso il riferimento non è solo alla CEDU ed alla giurisprudenza relativa, bensì anche alla precitata Convenzione dell'ONU e commenti alla stessa. Parzialmente innovativo risulta l'articolo 7 sul diritto ad una valutazione individuale. Questa dovrebbe essere condotta al fine di tener conto di specifiche esigenze “ in materia di protezione, istruzione, formazione e reinserimento sociale” e può essere ripetuta nel corso del procedimento. Le modalità di tale valutazione, come anche l'utilizzo dei risultati viene però completamente demandata agli Stati membri e la vaghezza della disposizione rende possibili applicazioni molto differenti tra loro.

⁷¹⁵ COM(2013) 821 final, p. 8

⁷¹⁶ Art. 1 della Convenzione sui diritti del fanciullo, New York, 20 novembre 1989

Con l'adozione della direttiva in esame resta però in sordina un'altra categoria di soggetti vulnerabili, che, pur appartenendo alla fascia adulta, sono ampiamente identificabili. Si tratta di coloro che, essendo indagati o imputati, possano decidere di collaborare con le autorità, e che, per questo, necessitano di regimi di protezione particolare. La protezione degli stessi sarebbe quindi anche particolarmente utile ad un'efficace lotta alla criminalità, ed, in particolare, a quella organizzata. Il richiamo a tale aspetto è, non a caso presente anche nella citata Risoluzione sulla criminalità organizzata preparata dalla Commissione speciale CRIM ed adottata il 23 ottobre 2013⁷¹⁷, ma non pare che, per il momento, l'Unione andrà ad agire in tale ambito.

Il tema del diritto al patrocinio legale dello Stato, infine, era già parte integrante della *road map* sui diritti procedurali europei del 2009. Si tratta però di un ambito molto delicato, che, proprio per questo, è stato stralciato dalla direttiva sul diritto di accesso ad un difensore, come invece era stato appunto indicato nella *road map*. Le difficoltà, dovute principalmente alla differenza con cui l'ambito è disciplinato nei diversi Stati membri, permangono, tanto è vero che mentre la Raccomandazione della Commissione ha ad oggetto il diritto nella sua totalità, la proposta di direttiva si limita a prendere in considerazione l'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato, quello che interviene nell'arco di tempo che va dalla privazione della libertà alla decisione sull'attribuzione del patrocinio a spese dello Stato in riferimento a tutto il procedimento penale.

Si tratta di un diritto riconosciuto dalla CEDU e quindi già comunque necessariamente previsto in tutti gli Stati membri. La proposta prevede l'estensione del diritto anche a coloro che sono sottoposti a fermo in seguito ad un mandato d'arresto europeo. Ciò potrebbe sembrare a prima vista un plus in confronto a quanto detto. Secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, però, un indagato deve avere la possibilità di accedere all'assistenza legale a partire dal momento in cui è messo in stato di fermo o sottoposto a custodia cautelare⁷¹⁸; viene quindi necessariamente ricompreso anche il caso del fermo in conseguenza di un mandato d'arresto.

Nonostante il plauso per aver deciso di affrontare un primo aspetto del patrocinio a spese dello Stato, non pare che la direttiva avrà, se adottata, un impatto significativo ed un reale valore aggiunto, mentre, al contrario, c'è il rischio che questa allontani la discussione su quello che è il vero nodo critico. La questione dell'attribuzione del patrocinio a spese dello Stato non perde infatti alcun aspetto del suo valore controverso e rimane un aspetto la cui armonizzazione sarebbe altamente importante.

⁷¹⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere (relazione finale), (2013/2107(INI)), Strasburgo, 23.10.2013, punto 14

⁷¹⁸ Corte EDU, 13 ottobre 2009, causa 7377/03, *Dayanan c. Turchia*, punti 30-32

2.3. I diritti processuali europei: il dibattito sul metodo

Proprio l'individuazione delle garanzie processuali da disciplinare è al centro del preannunciato "dibattito sul metodo", sviluppatosi già a partire dal 2004 in occasione della proposta di decisione quadro in materia di determinati diritti processuali⁷¹⁹.

Prima di presentare i nodi del dibattito occorre però richiamare la decisione quadro 2009/299/GAI⁷²⁰ che -uscendo dallo schema prefigurato- disciplina il riconoscimento transnazionale delle decisioni giudiziarie assunte *in absentia*, con lo scopo dichiarato di rafforzare i diritti processuali degli individui. Si tratta di una decisione quadro adottata al fine di uniformare la disciplina del mutuo riconoscimento nell'ambito identificato, che presentava un panorama difforme in relazione ai singoli strumenti – che, non a caso, vengono, sulla base di questa, modificati ed integrati⁷²¹. Oltre alla citata esigenza di uniformità, inoltre, ve ne era una anche più imperativa, in ordine alla determinazione dei criteri sulla base dei quali, in una siffatta situazione, l'autorità destinataria della richiesta di esecuzione non possa rifiutarla⁷²².

Semberebbe quindi emergere dalla formulazione dell'intento esplicitato che la possibilità del rifiuto del riconoscimento sia, in via generale, contemplata e che non venga invece concessa solo su presentazione – da parte dell'autorità emittente – di precise condizioni. Risulta però ad un'analisi del testo come tale ripartizione tra regola generale ed eccezione venga facilmente contraddetta nei fatti. Per esemplificare tale aspetto verrà fatto riferimento alle modifiche che la decisione quadro in esame introduce in relazione al mandato di arresto europeo⁷²³.

Le condizioni che permettono di determinare l'impossibilità di rifiutare l'esecuzione delle decisioni si riferiscono a mere dichiarazioni unilaterali da parte dello Stato emittente, che sveltiscono sì la procedura, ma con il rischio di trascurare l'obiettivo esplicitato di rafforzare i diritti degli individui oggetto dei mandati. Inoltre, il contenuto stesso di alcune di queste "assicurazioni" appare opinabile.

In riferimento al coinvolgimento dell'avvocato della difesa nel processo in contumacia, la condizione prevista è che questo abbia potuto, su conferimento esplicito dell'incarico da parte

⁷¹⁹ Commissione europea, Proposta di decisione quadro del Consiglio in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea, COM (2004) 328 def., Bruxelles, 28.4.2004

⁷²⁰ Decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo, GU L 81 del 27.03.2009

⁷²¹ Art. 1 punto 3 della decisione quadro 2009/299

⁷²² Come emerge dal considerando n° 6 della decisione quadro 2009/299

⁷²³ Ciò in ragione delle stesse motivazioni che hanno spinto ad analizzarlo nello scorso capitolo su tutti gli altri strumenti di mutuo riconoscimento, nonché perché le condizioni si ripetono molto simili per tutti gli altri strumenti modificati

dell'accusato, effettivamente partecipare⁷²⁴. Ciò presuppone però un'estrema correttezza deontologica da parte dell'avvocato così coinvolto, che deve essere consapevole fino in fondo delle possibili implicazioni del prosieguo del procedimento come della decisione finale per il suo cliente. Ancora, tra le possibili condizioni alternative che danno luogo all'impossibilità del rifiuto vi è l'impegno dell'autorità emittente il mandato ad inviare all'interessato notifica della decisione "senza indugio" e ad informarlo dei termini di riapertura del processo o ricorso; ciò, però, in seguito alla consegna. Appare quindi evidente come tale ultimo aspetto implichi la privazione della libertà della persona senza prima che questa abbia avuto la possibilità di contestare la decisione secondo i termini di legge. La stessa cosa dicasi per l'eventualità in cui l'interessato non fosse stato preventivamente messo a conoscenza di un processo a suo carico: secondo la decisione quadro, infatti, è sufficiente che l'autorità emittente il mandato si impegni a fornire, se richiesta e tramite l'autorità di esecuzione, copia della sentenza⁷²⁵. In entrambi i casi richiamati è evidente che se la decisione quadro ha perseguito l'obiettivo di facilitare il mutuo riconoscimento, ha però trascurato quello di assicurare i diritti della difesa. L'ultima disposizione, in particolare, prevedendo la consegna di una copia della sentenza unicamente su espressa richiesta dell'interessato, prefigura addirittura la possibilità che una persona venga privata della libertà personale senza conoscerne il motivo.

A riprova dei dubbi sollevati dalle disposizioni della decisione quadro in esame, la Corte è stata recentemente chiamata ad esprimersi in materia. Nella sentenza *Melloni*⁷²⁶ i giudici di Lussemburgo hanno infatti dovuto dirimere la controversia circa la possibilità per l'autorità giudiziaria spagnola di condizionare l'esecuzione di un mandato d'arresto alla revisione del processo in contumacia che di tale mandato è alla base. Il problema sorgeva in quanto tale opportunità, prevista dalla Carta costituzionale spagnola, offre di fatto una protezione maggiore della decisione quadro che invece prevede, come detto, che se lo Stato emittente certifica che la condanna in contumacia è avvenuta a seguito di un processo nel quale l'imputato è stato rappresentato da un difensore da lui scelto, allora la consegna non può essere rifiutata. Nella fattispecie, proprio tale ultima condizione era, inoltre, contestata dal diretto interessato, che faceva valere come egli stesso avesse, nel corso del processo, cambiato legale, modifica non registrata ai fini del procedimento, nel quale i due avvocati precedentemente ingaggiati avevano preso la parte della difesa fino alla fine. La Corte, in accordo con le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale, ha dichiarato la legittimità della disposizione

⁷²⁴ Art. 4-bis punto 1 lett. b della decisione quadro 2002/584 come modificata dalla decisione quadro 2009/299

⁷²⁵ Art. 4-bis punto 2 della decisione quadro 2002/584 come modificata dalla decisione quadro 2009/299

⁷²⁶ CGUE, 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni c. Ministero Fiscal*, non ancora pubblicata in Racc.

in esame alla luce della Carta ed ha affermato che poiché essa prevedeva un elenco esaustivo di condizioni per la negazione della possibilità di rifiuto, queste dovevano essere rispettate⁷²⁷.

Posto però che nel diritto interno spagnolo la possibilità di revisione del processo in contumacia continua a rimanere, si prospetta una situazione che di fatto vede un abbassamento degli standard di salvaguardia dei diritti del singolo (in questo caso dei diritti della difesa) in ragione dell'applicazione della normativa dell'Unione. Nonostante le motivazioni addotte, ciò costituisce oggettivamente un elemento che impatta negativamente sulla percezione del cittadino europeo e si pone in contrasto con l'idea della costruzione di una polity europea basata sulla salda ed elevata salvaguardia dei diritti e delle libertà dei singoli; sembra insomma stridere con l'attitudine necessaria a raggiungere l'obiettivo della costruzione di un vero spazio di libertà, sicurezza e giustizia – che veda uno sviluppo armonico delle tre dimensioni.

Tali considerazioni si riallacciano ad una delle questioni affrontate nel dibattito, già anticipato, emerso in merito all'azione dell'Unione in materia di diritti procedurali. Proprio l'esigenza di sviluppare la dimensione della giustizia nello spazio comune europeo è, come già ricordato, alla base di tale intervento, che ha però suscitato, per il modo in cui è stato condotto fino ad oggi, più di una perplessità.

I nodi principali emersi in dottrina⁷²⁸ sono tre, ai quali se ne aggiunge un quarto, la cui rilevanza non appare però – come si vedrà – pienamente condivisibile. Affrontando i punti in ordine logico, il primo concerne il legame con l'elemento transnazionale (e quindi la competenza), il secondo la scelta dei diritti da normare, il terzo il confronto tra il livello di garanzie richiesto tra Stati membri e da parte di Stati terzi, ed il quarto la modalità individuata per perseguire l'obiettivo.

La prima questione dibattuta riguarda la competenza dell'Unione in materia. Il Trattato di Lisbona ha infatti, come detto, introdotto una base giuridica esplicitamente volta a fondare la competenza dell'Unione in materia di diritti procedurali (art. 82 par. 2 lett. *b*). Lo stesso articolo premette però che la competenza così individuata è volta a facilitare il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e la cooperazione in generale, e presenta quindi un carattere intrinsecamente transnazionale. Come è già emerso nel corso dell'analisi dei singoli strumenti adottati, però, tale caratteristica appare sempre più in filigrana, ed il *corpus* normativo che si delinea pare invece costituire un set di regole applicabili a tutto raggio sul territorio dell'Unione. Ciò significa che le norme così adottate sarebbero chiamate a costituire un sostrato comune anche nei casi puramente

⁷²⁷ CGUE, *Melloni, cit.*, punto 44

⁷²⁸ V. MONETTI, "Strumenti di cooperazione e garanzie processuali", *op. cit.*, p. 415; V. BAZZOCCHI, "L'armonizzazione delle garanzie processuali nell'Unione europea: la direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali", *op. cit.*, pp. 1042-1044; W. DE BONDT and G. VERMEULEN, "The procedural rights debate: a bridge too far or not still far enough", *op. cit.*; T. RAFARACI, "Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria", *op. cit.*, p. 129-132

interni. La via intrapresa dall'Unione sembrerebbe quindi estendersi oltre la competenza assegnatale dai Trattati, ma sembra di poter affermare che questa visione può essere ribaltata da una presa in esame complessiva delle disposizioni del Trattato stesso. Un tale intervento si inserisce infatti perfettamente nell'ottica della creazione di uno spazio unico di libertà, sicurezza e giustizia, "in cui i cittadini e i residenti possano ragionevolmente aspettarsi di godere in tutti gli Stati dell'Unione di standard equivalenti di diritti procedurali nei procedimenti penali"⁷²⁹.

La posizione critica di parte della dottrina⁷³⁰, pur non apparendo condivisibile nel momento in cui dichiara che l'Unione si è spinta troppo oltre le sue prerogative, deve però costituire un campanello di allarme, in quanto prefigura la possibilità che l'argomento venga adoperato da coloro che si oppongono all'azione dell'Unione in materia o che, comunque, puntano al ribasso ed all'identificazione del minimo comun denominatore nell'adozione degli strumenti normativi. In particolare, è facile –come già anticipato⁷³¹- che tale argomentazione venga utilizzata in Consiglio nel passaggio alla discussione di atti normativi particolarmente sensibili, a partire da quello sull'accesso al gratuito patrocinio, che è attualmente regolamentato in modo molto diverso nei differenti paesi dell'Unione. Dall'eventualità che tale richiamo venga operato si potrà valutare il concreto livello di *commitment* degli Stati membri a perseguire l'obiettivo di dotare i cittadini di un elevato livello garanzie comuni.

La seconda grande questione che caratterizza il dibattito in esame concerne le garanzie individuate dallo stesso. I diritti procedurali contenute nella tabella di marcia sono infatti quelli classici, già presenti –come richiamato in più occasioni- nella CEDU. Se da un lato questo rende il compito (relativamente) più semplice ed evita gli eventuali problemi circa il riconoscimento in tutti gli Stati dei diritti in parola, dall'altro rischia di eliminare il valore aggiunto dell'azione dell'UE. Ciò risulta ancora più vero nel caso in cui gli strumenti adottati non andassero di fatto ad aggiungere nulla alla giurisprudenza elaborata dalla Corte di Strasburgo.

Tale critica è rafforzata in modo sostanzioso dalla constatazione, certamente condivisibile, che i diritti messi in gioco nell'ambito dei sistemi di giustizia penale non si limitino ai pochi già richiamati, ma vadano ben al di là di questi. In particolare la fase precedente al processo vero e proprio – attinente la raccolta delle prove come le misure cautelari – acquisisce un'importanza

⁷²⁹ T. RAFARACI, "Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria", *op. cit.*, p. 130

⁷³⁰ W. DE BONDT and G. VERMEULEN, "The procedural rights debate: a bridge too far or not still far enough", *op. cit.*, p. 163

⁷³¹ Si veda il paragrafo relativo alla direttiva 2013/48/UE relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari

determinante per la valutazione circa il livello di salvaguardia dei diritti del singolo che viene fortemente amplificata nel momento in cui la stessa assume un carattere transnazionale.

E' inoltre già stato evidenziato come gli strumenti normativi dell'Unione volti alla raccolta di prove in Stati membri diversi da quello in cui si tiene il procedimento non abbiano ancora affrontato il nodo –fondamentale– dell'ammissibilità delle prove stesse. E' evidente che l'individuazione di standard comuni di garanzie faciliterebbe decisamente anche tale passaggio. E' stato quindi suggerito⁷³² che il dibattito sui diritti procedurali dovrebbe essere ampliato in modo da testare la possibilità di intervenire in tale ambito, in modo che, di fatto, tale dibattito venga aperto ai diritti processuali nella loro generalità: in questo modo anche l'idea di concepire uno strumento per disciplinare il *ne bis in idem* a livello europeo potrebbe riprendere piede.

Un primo, timido passo in direzione di un ampliamento dell'orizzonte di intervento dell'UE può essere ravvisato nel Libro verde presentato dalla Commissione il 14 giugno 2011 sull'applicazione della normativa dell'Unione in ambito detentivo⁷³³. L'impulso per la consultazione avviata dalla Commissione viene sicuramente dalla tabella di marcia sui diritti procedurali europei: si ricorda infatti che questa richiamava anche la Commissione a riflettere sulla detenzione preventiva⁷³⁴, tema che viene largamente affrontato nel Libro verde in esame⁷³⁵.

Il risultato dello stesso non appare però particolarmente incoraggiante sotto il profilo del prossimo intervento dell'Unione in materia, in quanto la maggioranza degli Stati ha espresso, nella risposta ai quesiti, opposizione all'adozione di ulteriori norme di ravvicinamento. Questo vale tanto in relazione all'identificazione di un limite temporale massimo per la custodia cautelare, quanto all'introduzione di nuove regole attinenti alle misure alternative alla detenzione preventiva. In riferimento a questa - e, a ben vedere, in accordo con lo spirito soggiacente al programma di Stoccolma⁷³⁶ – la volontà espressa è stata quella di non introdurre alcuna nuova disposizione prima di aver valutato attentamente la rispondenza dei sistemi alla decisione quadro 2009/829/GAI⁷³⁷ sull'applicazione del principio del mutuo riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla

⁷³² W. DE BONDT and G. VERMEULEN, "The procedural rights debate: a bridge too far or not still far enough", *op. cit.*, p. 165

⁷³³ Commissione europea, Libro verde "Rafforzare la fiducia reciproca nello spazio giudiziario europeo — Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione", COM(2011) 327 definitivo, Bruxelles, 14.6.2011

⁷³⁴ Si veda l'introduzione al presente capitolo

⁷³⁵ Lo scopo dello stesso è quello di verificare l'impatto delle condizini di detenzione sulla fiducia reciproca tra Stati membri, e quindi sulla loro propensione a cooperare, da cui dipende il buon funzionamento delle misure di mutuo riconoscimento; accanto a questo, la consultazione pubblica serve a stimolare il dibattito e determinare quali siano gli orientamenti prevalenti in materia, e quindi a testare la possibilità di ulteriore intervento dell'Unione, nonché a modularne la direzione

⁷³⁶ Consiglio europeo, Programma di Stoccolma, adottato in data 10-11 dicembre 2009, GU C 115 del 04.05.2010, p. 5

⁷³⁷ Decisione quadro 2009/829/GAI del Consiglio, del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare, GU L 294 dell' 11.11.2009

detenzione cautelare. Un'opposizione decisamente inferiore ha trovato invece l'idea di introdurre standard comuni in materia di revisione periodica obbligatoria della detenzione preventiva, che potrebbe quindi ipoteticamente costituire il terreno per un prossimo intervento dell'Unione.

Un'opzione complementare all'ampliamento del dibattito, di più semplice realizzazione tecnica e che quindi meriterebbe di essere esplorata, è quella che concerne l'introduzione del principio della *lex mitior*⁷³⁸. Questo permetterebbe, senza dover adottare alcuna misura aggiuntiva, nel caso di conflitto tra il diverso livello di garanzie offerto da due ordinamenti, di applicare quello che risulta più garantista⁷³⁹. L'introduzione di garanzie minime non implica infatti che le differenze svaniscano, in particolare diversi livelli di protezione continuerebbero comunque a caratterizzare i differenti ordinamenti ed il principio indicato potrebbe quindi fungere da criterio di decisione. Inoltre la sua applicazione sarebbe il solo modo, da parte degli Stati membri, di dar seguito alla dichiarazione inserita nel Programma di misure per il mutuo riconoscimento del 2000 secondo la quale il coinvolgimento di più Stati membri in un procedimento penale non dovrebbe in alcun modo impattare negativamente sui diritti delle persone coinvolte⁷⁴⁰.

Bisogna però fare attenzione e non scambiare il principio descritto per un'alternativa all'adozione di norme comuni. Questo, infatti, oltre a non risolvere il problema relativo alla necessità di ravvicinamento e di un effettivo mutuo riconoscimento – in certi casi soprattutto, si pensi alla questione delle garanzie che portano all'ammissione delle prove in un processo- sarebbe contrario al richiamato obiettivo di fare dell'Unione un'area unica di libertà, sicurezza e giustizia.

La terza questione che anima il dibattito attiene al fatto che l'introduzione di una più stretta cooperazione tra i paesi dell'UE sembra aver paradossalmente condotto le relative autorità giudiziarie a mostrare una sfiducia reciproca particolarmente elevata, ed a pretendere, per dar seguito alla collaborazione, rassicurazioni sull'elevato livello di garanzie applicato. L'argomentazione mostra quindi la contraddizione che emergerebbe dal pretendere livelli di garanzia più elevati da altri paesi membri dell'Unione rispetto a quelli richiesti ai paesi terzi per mettere in atto cooperazioni che hanno lo stesso tipo di effetto sugli individui in causa. Si sottolinea però che tale constatazione appare fallace sotto un aspetto non secondario. Si fa infatti riferimento

⁷³⁸ Si vedano T. RAFARACI, "Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria", *op. cit.*, pp. 131-132; W. DE BONDY and G. VERMEULEN, "The procedural rights debate: a bridge too far or not still far enough", *op. cit.*, p. 165-166

⁷³⁹ Accorgimenti che richiamano il principio in esame si trovano già in alcuni degli strumenti di mutuo riconoscimento attualmente in vigore. E' il caso della decisione quadro 2008/909, che prevede che lo Stato di esecuzione, nell'adattare la misura di detenzione al suo ordinamento non possa aggravare la pena prevista dalla sentenza o ancora della decisione quadro 2009/829 nel momento in cui questa prevede che la misura cautelare applicata non possa essere più lunga di quanto consentito dall'ordinamento dello Stato d'esecuzione, anche nel caso in cui sia stato richiesto dallo Stato membro di emissione. Si veda sul punto T. RAFARACI, "Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria", *op. cit.*, p. 132

⁷⁴⁰ Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, adottato in data 24 novembre 2000, GU C 12 del 15.1.2001, introduzione (il richiamo era già stato operato all'inizio del capitolo)

ad una cooperazione che “abbia gli stessi effetti sulle persone coinvolte” senza tener conto del fatto che semplificazioni di procedura – che caratterizzano, ad esempio, il mandato d’arresto europeo in confronto all’extradizione classica – costituiscono una diminuzione sostanziale della possibilità di controllare che le garanzie della persona interessata vengano effettivamente rispettate⁷⁴¹. Da questo deriva quindi la richiesta di maggiori garanzie nei confronti degli Stati dell’Unione, garanzie che potrebbero essere assicurate a livello dell’Unione stessa e quindi non costituire più ostacolo alla cooperazione.

L’ultima questione che si vuole affrontare, più generale, riguarda il modo in cui viene trattata tutta la materia dei diritti procedurali ed il dibattito annesso. Fin dall’inizio questi sono stati chiamati in causa ‘a parte’, tenendo ogni discussione sistematica in merito separata da quella sulle misure di cooperazione a finalità repressiva⁷⁴². Ciò ha avuto una triplice conseguenza negativa. In primo luogo ha contribuito al ritardo con cui la materia è stata affrontata, ed in seconda battuta ha reso gli strumenti adottati spesso poco rispettosi dei diritti e delle libertà accentuando la deriva repressiva. Infine, dividere i due aspetti ha determinato il fatto che i diritti affrontati nel dibattito abbiano – come detto – una portata ristretta, non rispondente alle necessità effettive della cooperazione transnazionale.

La critica attiene quindi alla scelta della tecnica del ‘doppio binario’⁷⁴³ di azione con riferimento alla cooperazione giudiziaria in materia penale che, scollando i due aspetti, ha prodotto conseguenze negative su entrambi i versanti. Oltre a generare rischi evidenti per i soggetti coinvolti, infatti, la mancata integrazione di una visione sui diritti nell’adozione degli strumenti repressivi ha finito per privare gli stessi strumenti repressivi della loro efficacia, in quanto non ha permesso lo sviluppo di quella fiducia reciproca necessaria al loro funzionamento – aspetto già ampiamente sottolineato ed esemplificato emblematicamente dalle difficoltà incontrate nell’applicazione del mandato d’arresto europeo⁷⁴⁴.

Il cosiddetto dibattito sul metodo è quindi ancora all’inizio ed il modo in cui verranno affrontati i prossimi passaggi in materia di cooperazione giudiziaria apporgerà nuovo materiale. Se l’analisi e le riflessioni sviluppate in materia in ambito accademico venissero prese in considerazione e si instaurasse un dialogo più stretto tra questo mondo e quello dei professionisti, potrebbe generarsi un

⁷⁴¹ Si pensi, ad esempio, in riferimento al MAE, alla soppressione della doppia incriminazione ed, in generale, alla riduzione dei motivi di rifiuto all’esecuzione

⁷⁴² Come risulta dall’analisi condotta nello scorso capitolo

⁷⁴³ V. MONETTI, “Strumenti di cooperazione e garanzie processuali”, *op. cit.*, p. 415; V. BAZZOCCHI, “L’armonizzazione delle garanzie processuali nell’Unione europea: la direttiva sul diritto all’interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali”, *op. cit.*, pp. 1042-1044

⁷⁴⁴ M. COSTAS TRASCASAS, “The new EU strategy on procedural rights: one step forward or two backwards?”, in M. PEDRAZZI, I. VIARENGO et A. LANG (a cura di), *Individual guarantees in the European judicial area in criminal matters/ Garanties individuelles dans l’espace judiciaire européen en matière pénale*, *op. cit.*, pp. 189-190; in merito alle difficoltà richiamate si veda la trattazione condotta nello scorso capitolo

circolo virtuoso atto a dare e perseguire un impulso innovatore, che avrebbe sicuramente un effetto positivo. Rilevando la maturazione comunque raggiunta dal dibattito, questo potrebbe potenzialmente già produrre i suoi effetti: in relazione tanto all'ordine europeo di indagine penale⁷⁴⁵, quanto ai nuovi strumenti previsti in ambito di garanzie procedurali.

Sezione 2 - Gli strumenti di cooperazione a livello dell'Unione europea per la tutela della vittima

Il primo intervento dell'Unione per tutelare i diritti delle vittime di reati nella dimensione transnazionale risale al post-Tampere, ma precede sicuramente quello in materia di salvaguardia dei diritti della difesa (e quindi, più generalmente parlando, dei presunti colpevoli).

Già nel luglio 1999 la Commissione aveva emesso una comunicazione⁷⁴⁶ in materia -auspicando un rapido intervento- proprio al fine di contribuire al dibattito suscitato in seno al Consiglio europeo, e ad essa aveva fatto eco una risoluzione del Parlamento, nella quale si afferma che la mancanza di una protezione soddisfacente per le vittime di reato originarie di uno Stato differente da quello in cui hanno subito danni “oltre ad essere contraria ai diritti dell'Uomo, nuoce di fatto al buon funzionamento del mercato interno e alla libera circolazione delle persone”⁷⁴⁷.

Ancora una volta, quindi, la ragione principale dietro l'intervento dell'Unione in materia è storicamente la volontà di assicurare la libertà di circolazione⁷⁴⁸, come anticipato dalla Corte di giustizia nel caso *Cowen*⁷⁴⁹. In esso, infatti, i giudici di Lussemburgo avevano affermato il principio secondo il quale la tutela dell'integrità personale delle persone fisiche che abbiano usufruito della libertà di circolazione nell'UE, non può che essere corollario della libertà stessa⁷⁵⁰; ne discendeva, nel caso di specie, che gli Stati membri fossero tenuti a fornire indennizzo statale (a fronte di danni derivanti da un'aggressione subita sul loro territorio) a coloro che godono della libertà di

⁷⁴⁵ Come suggerito anche in W. DE BONDT and G. VERMEULEN, “The procedural rights debate: a bridge too far or not still far enough”, *op. cit.*, p. 167

⁷⁴⁶ Commissione europea, Comunicazione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale “Vittime di reati nell'Unione europea - Riflessioni sul quadro normativo e sulle misure da prendere”, COM(1999) 349 def., del 14.7.1999

⁷⁴⁷ Risoluzione del Parlamento europeo sulla Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale “Vittime di reati nell'Unione europea - Riflessioni sul quadro normativo e sulle misure da prendere” (COM(1999) 349 - C5-0119/1999 - 1999/2122(COS), GU C 67 dell' 1.3.2001, punto K

⁷⁴⁸ La stessa cosa vale, come già analizzato, in relazione al principio del *ne bis in idem*

⁷⁴⁹ CGUE, 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*, in Racc. 1989, p. 195 e segg.; i giudici erano stati chiamati a decidere della compatibilità con il principio di non discriminazione di una norma di procedura penale che limitava il diritto all'indennizzo a carico dello Stato (essendo ignoti gli aggressori) alla condizione che le vittime fossero cittadine o residenti dello Stato membro in questione -la Francia

⁷⁵⁰ *Ibidem*, punto 17

circolazione in virtù del diritto comunitario, indipendentemente dalla loro origine –ogni atteggiamento differente avrebbe infatti prefigurato una violazione del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità⁷⁵¹.

Nel 2001 è stata quindi adottata la decisione quadro relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale⁷⁵² -divenuta nota anche in seguito al celebre caso *Pupino*⁷⁵³ - alla quale è stata affiancata, nel 2004, una direttiva⁷⁵⁴ relativa all'indennizzo delle vittime di reato. Con riferimento ad un ambito più specifico, ma altamente rilevante per la lotta alla criminalità organizzata, l'Unione era però già intervenuta alla fine degli anni '90. La lotta alla tratta degli esseri umani costituisce infatti uno degli obiettivi dell'Unione da una quindicina d'anni circa⁷⁵⁵, come dimostra l'azione comune 97/154/GAI⁷⁵⁶. Data la debolezza insita nello strumento, questa è stata sostituita, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, dalla decisione quadro 2002/629/GAI sulla tratta degli esseri umani⁷⁵⁷.

Come per il caso dei diritti procedurali, il nuovo Trattato ha dotato l'ambito della difesa della vittima di reato di una base giuridica *ad hoc* (art. 82 par. 2 lett. c TFUE) che prevede l'adozione di strumenti comuni per il ravvicinamento normativo. Ciò è stato accompagnato da una rinnovata attenzione al problema in ambito UE⁷⁵⁸ che, emersa dapprima in una raccomandazione del Parlamento⁷⁵⁹ del 2009, ha dato origine ad un esplicito richiamo nel programma di Stoccolma. Questo ha infatti ribadito la centralità dell'obiettivo del rafforzamento dei diritti delle vittime per l'azione dell'Unione, tanto da prevedere all'interno del programma stesso una sezione dedicata⁷⁶⁰. Si richiama in questa la necessità di un quadro giuridico più completo ed organico, ed, in un altro

⁷⁵¹ *Ibidem*, punto 20

⁷⁵² Decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, GU L 82 del 22.3.2001

⁷⁵³ CGUE, 16 giugno 2005, causa 105/03, *Pupino*, in Racc. 2005, p. I-5285 e segg.

⁷⁵⁴ Direttiva 2004/80/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa all'indennizzo delle vittime di reato, GU L261 del 6.8.2004. Tale strumento è stato redatto anche sulla base dei risultati della consultazione avviata dalla Commissione nel 2001, tramite il Libro verde sul risarcimento alle vittime di reati, COM(2001) 536 def., del 28.11.2001

⁷⁵⁵ P. BEAUVAIS, "Droit pénal de fond: nouvelle directive sur la traite des êtres humains", in *Revue trimestrielle de droit européen*, Dalloz, n° 3, 2011, p. 637

⁷⁵⁶ Azione comune 97/154/GAI del 24 febbraio 1997, adottata dal Consiglio sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea per la lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini, GU L 63 del 4.03.1997

⁷⁵⁷ Decisione quadro 2002/629/GAI del Consiglio, del 19 luglio 2002, sulla lotta alla tratta degli esseri umani, GU L 203 dell' 1.8.2002

⁷⁵⁸ Ma non solo, visto che nel 2006 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa aveva emesso una raccomandazione che invocava una discussione sulla protezione del diritto alla privacy ed all'informazione, insieme alla necessità di prevedere una formazione adeguata per il personale addetto ed alla richiesta agli Stati di adottare norme in materia di risarcimento del danno; Council of Europe, Recommendation (2006)8 on assistance to crime victims; si veda M. FICHERA, "The status of the victim in European Union criminal law", in *Eucrim*, n° 2, 2011, pp. 79-80

⁷⁵⁹ Parlamento europeo, Raccomandazione del 7 maggio 2009 destinata al Consiglio sullo sviluppo di uno spazio di giustizia penale dell'Unione europea (2009/2012(INI)), GU C 212E del 5.08.2010; questa invita il Consiglio a realizzare un quadro giuridico completo di misure per una protezione estesa -più estesa possibile- delle vittime di reato

⁷⁶⁰ Il punto 2.3.4 del programma di Stoccolma è infatti dedicato alle vittime della criminalità

punto, viene altresì affermato che “le vittime della criminalità o i testimoni a rischio possono essere soggetti a particolari misure di protezione che dovrebbero essere effettive in tutta l’Unione”⁷⁶¹.

Proprio a queste parole ha fatto seguito l’iniziativa presentata da dodici Stati membri sull’ordine di protezione europeo, la cui direttiva relativa è stata adottata alla fine del 2011⁷⁶². Nell’ambito, quindi di un progetto di più largo respiro, entrambe le decisioni quadro menzionate sono state, successivamente all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sostituite da altrettante direttive che – come si vedrà- oltre ad innovare la forma hanno apportato modifiche anche nei contenuti.

Il 18 maggio 2011, in linea con quanto richiesto dal programma di Stoccolma, la Commissione ha presentato un pacchetto di misure sui diritti delle vittime accompagnato da una comunicazione⁷⁶³ esplicativa, sulla cui base il Consiglio ha adottato, il 10 giugno seguente, una tabella di marcia⁷⁶⁴. Una simile impostazione sembrerebbe ricalcare quella, già ampiamente trattata, sui diritti procedurali europei, ma le due presentano, in realtà, differenze non trascurabili sotto almeno due profili. Da un lato l’ordine con il quale vengono presentati gli strumenti nella tabella di marcia in esame è, diversamente da quanto accade per la sua corrispondente, meramente indicativo⁷⁶⁵. Dall’altro, il contenuto stesso della tabella di marcia segue una logica differente da quello individuato per i diritti procedurali. Contrariamente a quanto vale per questi ultimi, la tabella di marcia in esame prevedeva che i diritti delle vittime venissero raccolti in un’unica direttiva. Questa è stata effettivamente adottata nell’ottobre 2012⁷⁶⁶ ed ha sostituito, ampliandone il raggio d’azione, la decisione quadro 2001/220/GAI. In aggiunta a ciò la tabella di marcia, prendendo atto della discussione in corso in quel momento sull’ordine di protezione europeo ha portato a restringere il campo dello stesso all’ambito penale, prevedendo, accanto ad esso, l’adozione di un regolamento sul mutuo riconoscimento delle misure di protezione in ambito civile.

A margine di questi apparenti successi dell’azione dell’Unione in materia, va però notato come l’auspicio espresso nel programma di Stoccolma circa l’accorpamento in un unico strumento normativo della tutela dei diritti delle vittime e delle regole per il loro indennizzo, non abbia avuto seguito. Inoltre molto rimane da fare, ad esempio, in materia di protezione delle donne, capitolo non

⁷⁶¹ Punto 3.3..1 del programma di Stoccolma

⁷⁶² Direttiva 2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 sull’ordine di protezione europeo, GU L 338 del 21.12.2011

⁷⁶³ Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, COM(2011) 274 def., del 18.05.2011

⁷⁶⁴ Consiglio, Risoluzione del Consiglio del 10 giugno 2011 relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime, in particolare nei procedimenti penali, (2011/C 187/01), GU C 187 del 28.6.2011

⁷⁶⁵ C. AMALFITANO, “L’azione dell’Unione europea per la tutela delle vittime di reato”, in *Il Diritto dell’Unione europea*, Roma, Giuffrè, n°3, 2011, p. 673

⁷⁶⁶ Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, GU L 315 del 14.11.2011

ancora affrontato dall'Unione, ma la cui importanza è sottolineata nella comunicazione del 18 maggio della Commissione. Esse appaiono infatti essere frequentemente esposte a violenze –tanto fisiche quanto psicologiche-, specie nell'ambito familiare, e necessitano quindi di un'attenzione particolare⁷⁶⁷.

Infine, prima di passare all'analisi dei tre grandi strumenti normativi adottati post-Lisbona nell'ambito in esame, va ricordato come misure atte a proteggere le vittime di reati si riscontrano in molti atti normativi volti a prevenire e reprimere la criminalità nell'UE. Si tratta però, in questi casi, di disposizioni dal valore molto limitato, che non tengono conto della complessità delle necessità delle vittime né di come realizzare una protezione efficace⁷⁶⁸. Se a prima vista può sembrare che la direttiva sulla lotta alla tratta degli esseri umani⁷⁶⁹ rientri in questo ambito, essa se ne discosta invece, come si vedrà, in modo sensibile. Le prescrizioni in essa contenute sono infatti decisamente più precise e complete, pur presentando aspetti fortemente criticabili.

L'analisi delle tre direttive verrà presentata operando una suddivisione delle stesse secondo una logica che accorpa due aspetti. Le prime due direttive prevedono infatti un intervento individuale unicamente sulle vittime, mentre la terza (l'ordine di protezione europeo) ha inevitabilmente ricadute dirette ed immediate sulla persona che deve essere tenuta lontana dalla vittima; inoltre mentre i primi due strumenti intervengono solo a reato concluso, il terzo ha anche una funzione preventiva nei confronti dello stesso e del suo reiterarsi.

1. La tutela dei diritti delle vittime: gli strumenti dedicati

L'inserimento di una base giuridica *ad hoc* nel Trattato di Lisbona dimostra, come già per i diritti procedurali, l'intenzione degli Stati membri di intervenire in materia in maniera mirata. A differenza però che per i primi, sembra che raggiungere un accordo sia stato più semplice, il che indica una maggiore uniformità dell'approccio adottato dai diversi ordinamenti nazionali. Verranno quindi presentate di seguito la direttiva su diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e

⁷⁶⁷ Comunicazione della Commissione, COM(2011) 274 def., *cit.*, p. 10

⁷⁶⁸ Ne sono esempio le disposizioni contenute nelle decisioni quadro 2008/919/GAI sulla lotta contro il terrorismo, la 2004/68/GAI relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, la 2008/913/GAI sulla lotta contro talune forme di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale e la 2006/783/GAI sull'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca. Disposizioni simili si trovano anche in strumenti di ex-primis pilastro, tipicamente in ambito di immigrazione, come la direttiva 2004/81/CE riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi -vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale- che cooperino con le autorità competenti, o, ancora, la direttiva 2009/52/CE che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. Si veda, per una trattazione più ampia C. AMALFITANO, "L'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime di reato", *op. cit.*, pp. 662-668

⁷⁶⁹ Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, GU L 101 del 15.04.2011

quella sulla protezione delle vittime della tratta di esseri umani. Come emergerà dall'analisi, entrambe rappresentano innegabilmente un miglioramento in confronto alle decisioni quadro che vanno a sostituire; in particolare, nel primo caso viene decisamente ampliato il campo d'azione estendendolo al di là della finalità e della contingenza del processo, mentre la seconda direttiva pone rimedio ad uno strumento che risultava largamente deficitario.

1.1. La direttiva che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato: un passo in avanti rispetto alla decisione quadro 2001/220/GAI?

In seguito alla rinnovata attenzione dell'Unione alla materia dei diritti delle vittime, ed in particolare alla comunicazione della Commissione del 2011, e grazie alla base giuridica *ad hoc* introdotta con il Trattato di Lisbona, il 25 ottobre 2012 è stata adottata la direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato⁷⁷⁰.

Questa ha sostituito la precedente decisione quadro 2001/220/GAI relativa alla posizione –e quindi alla protezione- della vittima nel procedimento penale, ma, come emerge già dal titolo, ha, in confronto a questa, decisamente ampliato l'orizzonte di applicazione. La vittima non dovrebbe infatti più essere oggetto di attenzione in quanto parte del processo, ma viene presa in considerazione in quanto tale, ed i suoi bisogni vengono a costituire la finalità ultima dell'intervento.

Tale cambio di prospettiva sembra emergere evidente già ad una prima occhiata, che testimonia come la direttiva sia molto più lunga della precedente decisione quadro, elemento che fa pensare che, accanto a quelli legati al processo, molti di più siano gli aspetti presi in considerazione. I diritti attribuiti alle vittime e quindi disciplinati esulano chiaramente da quelli legati alla loro partecipazione al processo ed inoltre –novità importante e significativa- l'applicazione del testo viene estesa anche ai membri della famiglia della vittima. In continuità con la decisione quadro, invece –e in conformità con la giurisprudenza precedentemente richiamata- l'identificazione della vittima non è legata ad alcun aspetto afferente alla nazionalità o alla residenza; inoltre, oggetto della direttiva continuano ad essere unicamente le persone fisiche⁷⁷¹.

⁷⁷⁰ Direttiva 2012/29/UE

⁷⁷¹ Anche tale aspetto è suffragato, oltre che dalla definizione fornita e da evidenti richiami nel testo ad aspetti psicologici ed alla vita privata (riferibili unicamente a persone fisiche), anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in merito alla decisione quadro 2001/220, rispetto alla quale non si registrano cambiamenti. Si veda CGUE, 28 giugno 2007, causa C-467/05, *Dell'Orto*, in Racc. 2007, p. I-5557 e segg., punti 52-56; sulla sentenza, su tutti, A. BALSAMO, "La persona giuridica non riveste la qualità di vittima", in *Cassazione penale*, 2008, pp. 780-783. L'aspetto in esame è stato ribadito anche in CGUE, 21 ottobre 2010, causa C-205/09, *Eredics*, in Racc. 2010, p. I-10231 e segg.,

Passando all'analisi del testo, ed a riprova di tale apertura, si nota subito che i diritti delle vittime in relazione alla loro partecipazione al procedimento penale costituiscono uno solo dei capi nei quali è suddiviso l'articolato. Vi sono poi alcuni aspetti in particolare che, analizzati, possono dare il polso di quanto il cambio di approccio possa dirsi effettivo.

Questi, in parte già individuati in dottrina⁷⁷², includono, *in primis*, il rapporto tra diritti di partecipazione della vittima al processo e diritti di protezione della stessa. Tale rapporto è infatti particolarmente problematico in quanto esprime un trade-off tra le due dimensioni di garanzia. Rispetto alla decisione quadro, che vedeva le ragioni della prima –e quindi la finalità legata alla repressione- prevalere sulla seconda⁷⁷³, si evidenzia nella direttiva un riequilibrio. Se infatti i diritti legati ad entrambe le sfere hanno subito incrementi, quelli legati alla protezione delle vittime, in particolare, dalla vittimizzazione secondaria sono stati sensibilmente rafforzati. La protezione delle vittime nel momento in cui esse prendono parte al processo è infatti prevista, nella direttiva, nei confronti della vittimizzazione secondaria, ed include il rischio di danni emotivi e psicologici⁷⁷⁴; più significativamente, poi, la direttiva contiene un elevato numero di disposizioni precise volte a rendere il diritto alla protezione realmente effettivo⁷⁷⁵.

Tra queste si trova anche la novità di disposizioni specifiche per le vittime particolarmente vulnerabili. La direttiva, contrariamente a quanto inizialmente proposto dalla Commissione⁷⁷⁶, non presenta una categoria chiusa a riguardo, benché identifichi quali “oggetto di debita considerazione le vittime del terrorismo, della criminalità organizzata, della tratta di esseri umani, della violenza di genere, della violenza nelle relazioni strette, della violenza o dello sfruttamento sessuale o dei reati basati sull'odio e le vittime con disabilità”⁷⁷⁷. Queste tipologie di vittime potenzialmente bisognose di attenzione particolare ricalcano, grosso modo, quelle per la difesa delle quali l'Unione si è già altrimenti impegnata, tramite modalità che vengono infatti richiamate –grazie all'intervento del Parlamento⁷⁷⁸- tra i considerando della direttiva⁷⁷⁹.

Viene invece sancito il principio per il quale l'individuazione delle vittime con specifiche esigenze di protezione va condotta caso per caso sulla base di una serie di criteri richiamati dalla direttiva

punti 26-28; sulla sentenza F. KAUFF-GAZIN, “Notion de victime – La Cour interprète à nouveau la décision-cadre relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales”, in *Europe*, n° 12, 2010, pp. 23-24

⁷⁷² Si veda I. WIECZOREK, “A Needed Balance Between Security, Liberty and Justice. Positive Signals Arrive From the Field of Victims' Rights”, in *European criminal law review*, vol. 2, n°2, 2012, pp. 152-155

⁷⁷³ “[...] the legislator is much keener on creating the conditions for receiving useful information, than for protecting the person who is providing it.”, *ibidem*, p. 150

⁷⁷⁴ Art. 18 della direttiva 2012/29/UE

⁷⁷⁵ Artt. 19-24

⁷⁷⁶ Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce norme minime riguardanti i diritti, l'assistenza e la protezione delle vittime di reato, COM(2011) 275 def., del 18.5.2011, art. 18

⁷⁷⁷ Art. 22 della direttiva 2012/29/UE

⁷⁷⁸ La proposta della Commissione non li conteneva

⁷⁷⁹ Considerando n° 5-8, 15-18 della direttiva 2012/29/UE

stessa, ad esclusione dei minori, per i quali viene comunque identificato un regime di protezione speciale⁷⁸⁰. Il fatto di non caratterizzare in modo preciso le tipologie di persone con esigenze specifiche di protezione è, da un lato, sicuramente positivo, in quanto estende potenzialmente il surplus di diritti dei quali esse possono godere⁷⁸¹ ad un insieme più vasto di beneficiari. Dall'altro, però, questo è suscettibile di dare origine a controversie ed introduce sicuramente un elemento di incertezza.

Altro aspetto che indica il cambiamento di approccio nell'affrontare la questione dei diritti delle vittime concerne l'accesso che la direttiva garantisce a servizi di supporto. Il nuovo strumento obbliga infatti gli Stati a predisporre servizi di assistenza gratuita alle vittime (ed ai suoi familiari) prima, durante e dopo il processo, e predispone che l'accesso agli stessi non possa essere subordinato alla presentazione di una denuncia formale relativa ad un reato. L'inserimento di tale disposizione – nella decisione quadro gli Stati erano semplicemente chiamati a promuovere l'intervento di servizi di assistenza - è particolarmente indicativa in quanto implica l'addebito di costi rilevanti in capo agli Stati membri. Tali implicazioni finanziarie non possono quindi che avere alla base una volontà ben precisa avanzata dalla Commissione⁷⁸² e, verosimilmente, fortemente sostenuta dal Parlamento, alla quale però anche gli Stati membri non hanno fatto opposizione.

Le altre famiglie di diritti garantiti alla vittima -oltre a quelli di partecipazione, di protezione e di accesso ai servizi di supporto- sono quelli all'informazione, a comprendere ed essere compresi, al risarcimento del danno. Va sottolineato come tra i diritti che compongono i diritti a partecipare al processo, quello al patrocinio legale gratuito⁷⁸³ sia posto in modo molto più chiaro nella direttiva in confronto a quanto avveniva nella decisione quadro. In quest'ultima infatti il diritto non era posto in modo esplicito, ma si evinceva dalla combinazione di due articoli⁷⁸⁴, in modo che estrapolarlo risultava difficile. Al contrario, si nota come, in confronto alla proposta della Commissione, il testo approvato presenti un minus per quanto riguarda i diritti delle vittime in caso di decisione di non esercitare l'azione penale da parte dell'accusa: la proposta iniziale prevedeva infatti che in tale eventualità il riesame della decisione a non procedere fosse in capo a tutte le vittime⁷⁸⁵; il testo definitivo, invece, restringe alle sole vittime di reati gravi tale opportunità, ed unicamente ai casi in

⁷⁸⁰ Art. 24 della direttiva 2012/29/UE

⁷⁸¹ Art. 23 della direttiva 2012/29/UE

⁷⁸² Si veda sulla questione dell'incidenza dei provvedimenti che implicano spese pubblica in materia I. WIECZOREK, *op. cit.*, pp. 146, 147, 154, 155

⁷⁸³ Art. 13 della direttiva 2012/29/UE

⁷⁸⁴ Art. 4 e 6 della decisione quadro 2001/220/GAI

⁷⁸⁵ Art. 10 della proposta di direttiva, COM(2011) 275 def.

cui il ruolo della vittima sia riconosciuto solo in seguito alla decisione di esercitare l'azione penale⁷⁸⁶.

Come già affermato in dottrina⁷⁸⁷, vi è poi, infatti, necessariamente un ulteriore diritto, trasversale a tutti gli altri e funzionale al loro pieno godimento; si tratta del diritto al riconoscimento ed al rispetto dello status di vittima.

Un'ultima questione da affrontare in merito alla direttiva in esame è quella dell'attenzione alla dimensione transfrontaliera ed alle necessità delle vittime che non sono cittadine né residenti dello Stato nel quale il reato è avvenuto e quindi, verosimilmente, si tiene il relativo procedimento legale. E' già stato evidenziato che nell'individuazione della vittima non interviene alcun elemento discriminatorio legato a cittadinanza e residenza, ma affinché gli interessati possano effettivamente godere dei diritti loro attribuiti, sono spesso necessari accorgimenti particolari. Questo è vero in particolare per tutto ciò che attiene, in senso lato, proprio al procedimento, ma nella direttiva le disposizioni relative alle vittime non residenti sono assai limitate. La scarsa attenzione risulta già evidente dai considerando, all'interno dei quali, al di là della ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri coinvolti⁷⁸⁸, le specificità della vittima non residente emergono unicamente al considerando n°56, che identifica la cittadinanza differente tra i criteri da tenere in considerazione nella valutazione individuale circa le esigenze in merito al rischio di vittimizzazione secondaria. Il riferimento è comunque vago e finanche inesatto –o meglio incompleto- poiché richiama “l'origine della vittima” senza ulteriori specificazioni, ed inoltre, più significativamente, tale criterio non viene poi ripreso nell'articolato. Nella parte disciplinante del testo viene infatti unicamente riprodotto in modo quasi identico l'articolo che permette la partecipazione della vittima al processo a distanza -attraverso mezzi di comunicazione tecnologici- e viene mantenuta la possibilità di esporre denuncia per il reato subito nel paese di residenza⁷⁸⁹. Entrambi questi diritti, insieme al diritto alla traduzione ed all'interpretazione⁷⁹⁰, sono volti a facilitare il perseguimento del colpevole, ma nulla di altrettanto specifico viene previsto dalla direttiva in materia di protezione della vittima: “it seems that foreign victims have been judged as only deserving special treatment with respect to their participation, and not to their protection”⁷⁹¹. Ciò costituisce una spia di come la visione dei diritti della vittima funzionale al suo possibile contributo al processo non sia ancora del tutto superata ed esprime al tempo stesso una consapevolezza ancora acerba delle difficoltà specifiche delle vittime non residenti. I diritti richiamati sono infatti gli unici a presentare una dimensione

⁷⁸⁶ Art. 11 della direttiva 2012/29/UE

⁷⁸⁷ I. WIECZOREK, *op. cit.*, p. 144

⁷⁸⁸ Considerando n°51 della direttiva 2012/29/UE

⁷⁸⁹ Art. 17 della direttiva 2012/29/UE

⁷⁹⁰ Art. 7 della direttiva 2012/29/UE

⁷⁹¹ I. WIECZOREK, *op. cit.*, p. 155

transnazionale, mentre nessun riferimento viene fatto ad esigenze specifiche derivanti dalla residenza in un altro paese quale, ad esempio, quella dell'intervento di mediatori culturali⁷⁹².

Sotto questo profilo, quindi, l'apporto della direttiva non può considerarsi soddisfacente e non si notano progressi degni di nota in confronto alla precedente decisione quadro. Una riflessione analoga scaturisce in relazione all'eliminazione -presente nella decisione quadro- della dicitura di "elevato livello di protezione"⁷⁹³ quale obiettivo dell'intervento legislativo in materia. L'unico richiamo paragonabile nella direttiva è quello per il quale si afferma che la direttiva mira a "realizzare significativi progressi nel livello di tutela delle vittime"⁷⁹⁴ in confronto alla normativa precedente, ma la scomparsa dell'obiettivo del raggiungimento di un livello elevato di protezione potrebbe essere sintomo della mancanza di anelito a migliorare ulteriormente.

Due considerazioni conclusive sulla direttiva legate ad aspetti non di merito attengono alla partecipazione alla stessa di Regno Unito ed Irlanda, ed alla rapidità del procedimento legislativo, che ha visto l'approvazione del testo in prima lettura giungere dopo soli sei mesi dalla presentazione della proposta da parte della Commissione. Entrambi rappresentano un segnale positivo anche in prospettiva futura, in quanto sembrano denotare un reale e condiviso impegno degli Stati membri in materia.

1.2. La direttiva sulla protezione delle vittime della tratta esseri umani: l'emersione della finalità garantista nella lotta contro il crimine

La tratta degli esseri umani figura tra quei reati per i quali non è necessario il requisito della doppia incriminazione ai fini dell'esecuzione del mandato d'arresto, ma la particolare importanza che le vittime rivestono per il presente lavoro è data, oltre che dall'attenzione che il contrasto al fenomeno ha assunto all'interno dell'Unione, dal fatto che costituisce campo d'azione privilegiato delle organizzazioni criminali⁷⁹⁵ e presenta dimensioni intrinsecamente transnazionali. Non a caso, ed in ragione dell'efferatezza del crimine, ad essa è dedicata una disposizione specifica nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (l'art. 5 par. 3) che la vieta a tutela della dignità umana.

La lotta alla tratta è poi intimamente connessa ad altre politiche dell'Unione, prima di tutto quella d'immigrazione. Essa rappresenta infatti il lato oscuro tanto della libertà di circolazione delle

⁷⁹² In confronto la decisione quadro, pur non essendo propositiva sotto questo aspetto, per lo meno affermava chiaramente che la vittima aveva il "diritto di far valere lo svantaggio di risiedere in uno Stato membro diverso da quello in cui il reato è stato commesso", considerando n° 8 della decisione quadro 2001/220/GAI

⁷⁹³ Considerando n°4 della decisione quadro 2001/220/GAI

⁷⁹⁴ Considerando n°4 della direttiva 2012/29/UE

⁷⁹⁵ A riprova di ciò alla tratta è dedicato uno dei Protocolli addizionali alla Convenzione ONU del 2000 contro la criminalità organizzata internazionale

persone, quanto delle restrizioni all'immigrazione⁷⁹⁶. In conseguenza di ciò anche tracciarne i confini non è sempre semplicissimo.

Da un punto di vista criminologico⁷⁹⁷, la tratta è stata assimilata ad una forma moderna di schiavitù, che si distingue dal più limitato traffico irregolare di migranti, consistente in un aiuto temporaneo e remunerato al passaggio delle frontiere. La tratta di esseri umani, al contrario, si caratterizza per la creazione di un legame stabile di dipendenza, che permette lo sfruttamento continuato delle vittime. Si comprende quindi facilmente come tale reato sia anche strettamente legato a tutto il fenomeno di sfruttamento della prostituzione.

La prima misura adottata dall'Unione in materia è l'azione comune 97/154/GAI⁷⁹⁸, che è stata sostituita dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam dalla decisione quadro 2002/629/GAI⁷⁹⁹. Gli anni intorno al 2000 sono infatti stati testimoni di una particolare attenzione consacrata alla questione; dal 1996 si contano tre comunicazioni della Commissione, alle quali è seguita, nel 2002, la Dichiarazione di Bruxelles⁸⁰⁰, che raccoglieva le conclusioni della Conferenza europea sulla prevenzione e la lotta alla tratta degli esseri umani⁸⁰¹. Questa ha promosso un approccio "globale"⁸⁰², che è stato sviluppato tramite l'istituzione di un Gruppo di esperti sulla tratta e, in seguito alle prescrizioni del Programma dell'Aja⁸⁰³, attraverso un piano d'azione. Il Piano⁸⁰⁴, adottato dal Consiglio nel 2005, ha tra i suoi obiettivi tanto la lotta contro la tratta quanto la protezione delle vittime. L'approccio "integrato" che ne discende dovrebbe da un lato combinare le due dimensioni richiamate, e dall'altro favorire un intervento multidisciplinare (globale, appunto). Nella prospettiva indicata, quindi, la consapevolezza che "un'efficace reazione al fenomeno non possa che essere incentrata sulla salvaguardia dei diritti umani nel loro complesso"⁸⁰⁵ dovrebbe rappresentare un dato acquisito. Proprio quest'ultima dimensione era invece largamente assente nei due strumenti sopra menzionati, e questo è sicuramente uno dei motivi alla base dell'adozione della direttiva 2011/36/UE, che è andata a sostituire la decisione quadro.

⁷⁹⁶ P. BEAUVAIS, "Droit pénal de fond: nouvelle directive sur la traite des êtres humains", *op. cit.*, p. 637

⁷⁹⁷ Si veda *ibidem*, pp. 637-638

⁷⁹⁸ Azione comune 97/154/GAI del 24 febbraio 1997, adottata dal Consiglio sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea per la lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini, GU L 63 del 4.03.1997

⁷⁹⁹ Decisione quadro 2002/629/GAI del Consiglio, del 19 luglio 2002, sulla lotta alla tratta degli esseri umani, GU L 203 dell' 1.8.2002

⁸⁰⁰ Dichiarazione di Bruxelles su prevenzione e lotta al tratta di esseri umani, Bruxelles, 15.11.2002

⁸⁰¹ Conferenza europea sulla prevenzione e la lotta alla tratta degli esseri umani – Una sfida globale per il XXI secolo, Bruxelles, 18-20 settembre 2002

⁸⁰² Già emerso con le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 1999

⁸⁰³ Consiglio europeo, Programma dell'Aja, adottato in data 4-5 novembre 2004, GU C 53 del 3.3.2005

⁸⁰⁴ Consiglio, Piano UE sulle migliori pratiche, le norme e le procedure per contrastare e prevenire la tratta di esseri umani, (2005/C 311/01), GU C 311 del 9.12.2005

⁸⁰⁵ E. ZANETTI, "L'approccio 'integrato' dell'UE nella lotta alla tratta di esseri umani", in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, *op. cit.*, p. 349

La nuova direttiva, adottata sulla base giuridica introdotta dal Trattato di Lisbona, consacra infatti una parte decisamente più importante e dettagliata alla protezione delle vittime ed al supporto alle stesse (con particolare attenzione ai minori), in richiamo, da ultimo, delle indicazioni del programma di Stoccolma. Ciò, tanto in conformità con la prescrizione generale di migliorare ed approfondire la normativa già esistente, quanto con quella più specifica che indicava la necessità dell'adozione di un nuovo strumento in materia di tratta di esseri umani, che ponesse al centro quegli aspetti precedentemente trascurati⁸⁰⁶.

Il nuovo approccio di cui la direttiva è espressione si evince già dal titolo dello strumento e appare in modo evidente anche da una prima, rapida occhiata al testo. La porzione dello stesso dedicata agli aspetti dei diritti delle vittime è infatti decisamente più estesa che nella decisione quadro, dove tale aspetto era trattato in un'unica disposizione⁸⁰⁷.

Volendo tracciare un quadro generale della direttiva, l'opera di affinamento si nota anche sotto l'aspetto repressivo, che pure era già fortemente sviluppato. Viene infatti confermata la perseguibilità di persone giuridiche⁸⁰⁸ e di chiunque istighi, concorra o ancora tenti di commettere il reato di tratta⁸⁰⁹. Questo viene in rilievo indipendentemente dal consenso della vittima allo sfruttamento ed all'esistenza di un gruppo criminale organizzato. A fronte di tali conferme si nota un inasprimento delle pene: viene infatti fissato un minimo al tetto massimo in linea generale ed è innalzato il limite precedentemente individuato in conseguenza della presenza di circostanze aggravanti (che vengono mutate dalla decisione quadro).

Nell'ambito delle disposizioni dedicate alla repressione si evidenzia poi un'altra novità; questa attiene all'obbligo in capo agli Stati a far sì che vittime della tratta coinvolte in attività criminali alle quali siano state costrette a partecipare in conseguenza di tale tratta non possano essere perseguite, né possa essere comminata loro alcuna sanzione penale in ragione di ciò.

Come anticipato, però, la grande novità della direttiva concerne le misure individuate per la tutela dei diritti delle vittime della tratta. Per quel che riguarda l'impostazione della parte relativa, l'impianto ricorda molto quello che verrà poi utilizzato nella direttiva 2012/29/UE sui diritti delle vittime di reati; si trova infatti una suddivisione tra tutela delle vittime in generale⁸¹⁰, tutela nell'ambito di procedimenti penali⁸¹¹ e, infine, misure di salvaguardia per i soggetti particolarmente

⁸⁰⁶ Si nota poi, *a latere*, come la direttiva costituisca un avanzamento in tale campo anche rispetto alla convenzione del 2005 elaborata in ambito di Consiglio d'Europa in materia, Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta degli esseri umani, Varsavia, 16 Maggio 2005. Questa, inoltre, non è ancora in vigore in tutti i paesi dell'Unione; Estonia e Grecia non hanno ancora ratificato mentre la Repubblica Ceca non l'ha nemmeno firmata.

⁸⁰⁷ Art. 7 della decisione quadro 2002/629/GAI

⁸⁰⁸ Art. 5, 6 della direttiva 2011/36/UE

⁸⁰⁹ Art. 3 della direttiva 2011/36/UE

⁸¹⁰ Art. 11 della direttiva 2011/36/UE

⁸¹¹ Art. 12 della direttiva 2011/36/UE

vulnerabili, identificati nei minori⁸¹² (tutele che vengono ulteriormente incrementate in riferimento ai minori non accompagnati).

La tutela delle vittime non viene affrontata in modo generale, ma con un'attenzione alle caratteristiche proprie del fenomeno della tratta ed ai bisogni reali dei soggetti coinvolti. Vi è quindi un'effettiva presa in considerazione della particolare vulnerabilità dei minori come della maggiore esposizione delle donne a divenire vittime del reato di tratta. Allo stesso tempo i bisogni reali vengono affrontati in un'ottica comprensiva della dimensione sociale, -fortemente voluta dal Parlamento europeo⁸¹³ - al fine di garantire a tutte le vittime un livello e condizioni di vita "in grado di garantire la sussistenza"⁸¹⁴ (è così previsto che venga loro fornito un alloggio adeguato e sicuro, assistenza materiale e psicologica, cure mediche ed, insieme, informazioni e consulenza, nonché un servizio di interpretariato laddove necessario). Un'attenzione particolare è poi consacrata ad evitare la partecipazione ed il coinvolgimento delle vittime durante le indagini ed il processo oltre quanto necessario, in modo da scongiurare il più possibile il pericolo della vittimizzazione secondaria.

Un'altra novità dello strumento è rappresentata dalla disposizione sulla prevenzione⁸¹⁵, che – emblematica dell'approccio integrato- richiama gli Stati ad attuare interventi in campi diversi, che spaziano dall'istruzione, a quello dell'informazione, a quello della formazione dei funzionari chiamati ad interagire con le vittime. Allo stesso articolo, la direttiva invita inoltre gli Stati membri a prendere in considerazione la possibilità di criminalizzare la condotta di coloro che ricorrono consapevolmente a servizi frutto della tratta e quindi prestati dalle vittime della stessa.

Emerge da quanto descritto che l'impatto della direttiva sui sistemi giudiziari nazionali –ed in particolare sul diritto procedurale- non è di secondaria importanza; accanto all'aspetto appena descritto, infatti, sono state ricordate la fissazione delle soglie delle pene ed il divieto di perseguire le vittime costrette a partecipare ad attività criminose. A ciò si accompagna una serie di restrizioni in merito alla partecipazione delle vittime stesse alle indagini ed ai processi, al fine di proteggerle dai rischi della vittimizzazione secondaria; si rammentano infine le misure particolarmente protettive indicate per la salvaguardia dei minori.

Ad un confronto tra il livello di salvaguardia offerto dallo strumento in esame e la Convenzione in materia adottata nel 2005 in sede di Consiglio d'Europa⁸¹⁶ - che pure ha costituito documento di riferimento per il legislatore europeo - il primo non ne esce però in maniera totalmente positiva. In riferimento alla protezione ed ai diritti delle vittime la Convenzione pare infatti accordare

⁸¹² Articoli 13-16 della direttiva 2011/36/UE

⁸¹³ P. BEAUVAIS, "Droit pénal de fond: nouvelle directive sur la traite des êtres humains", *op. cit.*, p. 639

⁸¹⁴ Art. 11 par. 5 della direttiva 2011/36/UE

⁸¹⁵ Art. 18 della direttiva 2011/36/UE

⁸¹⁶ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, Varsavia, 16.05.2005

un'attenzione maggiore. Un primo aspetto riguarda la protezione della vita privata delle stesse, che nella Convenzione giunge esplicitamente al mantenimento della segretezza dell'identità⁸¹⁷, assolutamente non contemplata nella direttiva. Nella Convenzione la protezione si estende poi ai testimoni⁸¹⁸ dei procedimenti penali relativi e, sempre in relazione a questi ultimi, la Convenzione fa riferimento diretto anche agli interessi delle vittime⁸¹⁹, mentre la direttiva si limita alla protezione delle stesse. Ancora, la Convenzione richiama gli Stati aderenti ad essere proattivi nell'aiutare le vittime anche al di fuori del processo, facilitando l'accesso al mondo del lavoro, all'istruzione e alla formazione professionale⁸²⁰. Infine, la Convenzione prende in considerazione, sebbene non la approfondisca, la questione di genere; questo aspetto, totalmente assente nella direttiva riveste invece una certa importanza, in quanto le donne sono più facilmente a rischio, come sottolineato anche da uno studio recente dell'OSCE⁸²¹.

La direttiva esaminata pare quindi, in alcuni punti, esprimere un *minus* nei confronti dello strumento internazionale che dovrebbe invece costituire una base di partenza, tanto che viene inserita nella clausola di non regressione.

Nonostante quindi ad una prima occhiata i dati sembrerebbero mostrare la risolutezza degli Stati membri ad adottare una normativa che apporti miglioramenti effettivi -anche a scapito dell'integrità dei rispettivi sistemi nazionali – ad un'analisi più approfondita la norma presenta lacune considerevoli. Una nota finale, di nuovo di segno negativo, riguarda, nonostante questi limiti, la mancata adesione allo strumento di Regno Unito e Danimarca⁸²². Mentre nel caso della Danimarca tale scelta segue quella in merito alla direttiva sulla protezione delle vittime di reato, lo stesso non si può dire in riferimento al Regno Unito. Date le premesse sull'incidenza della direttiva sul diritto interno è invece possibile ipotizzare che proprio a tali effetti sia dovuta la decisione di non partecipare.

Tale situazione rappresenta, in ogni caso, il primo avveramento di quanto prefigurato dal nuovo Trattato per il quale nel momento in cui il Regno Unito non partecipi alla modifica di un atto normativo di ex terzo pilastro dal quale era precedentemente legato, durante il periodo transitorio tale atto rimane in vigore per lo Stato in questione. Nel caso in esame, però, la nuova direttiva

⁸¹⁷ Artt. 11 e 30 della Convenzione

⁸¹⁸ Art. 28 della Convenzione

⁸¹⁹ Art. 12.1.e della Convenzione

⁸²⁰ Art. 12.4

⁸²¹ OSCE Office of the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings, "Trafficking in Human Beings for the Purpose of Organ Removal in the OSCE Region: Analysis and Findings", *Occasional Paper Series* no. 6, luglio 2013, p. 21

⁸²² Al contrario dell'Irlanda che ha invece aderito

dovrebbe sostituire in toto la decisione quadro e la dottrina si è dunque interrogata -senza fornire una risposta definitiva- sull'assimilazione di tale *sostituzione* alla *modifica*⁸²³.

2. La direttiva sull'ordine europeo di protezione tra garanzia e repressione: uno sguardo critico

Il terzo strumento normativo oggetto di analisi in materia di salvaguardia dei diritti delle vittime è la direttiva 2011/99/UE sull'ordine europeo di protezione. Questo ha avuto origine in una proposta di un gruppo di dodici paesi che hanno presentato la relativa iniziativa all'inizio del 2010, quindi all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e dell'adozione del Programma di Stoccolma -la base giuridica è, a differenza che per gli altri due strumenti analizzati, l'art. 82 par. 1 TFUE che chiama gli Stati membri ad applicare il principio del mutuo riconoscimento alla cooperazione giudiziaria in ambito penale.

Lo strumento in esame ha lo scopo di perpetuare la protezione delle vittime di reati nel momento in cui esse si spostano da uno Stato ad un altro. Ancora una volta, quindi, la volontà di garantire l'effettività della libera circolazione si accompagna e fonda una misura volta garantire i diritti di coloro che si trovano sul territorio dell'Unione. Viene quindi attribuita alla persona nei confronti della quale sia stata adottata una misura di protezione l'opportunità di richiedere che venga emesso un ordine di protezione europeo. Tramite questo, in qualunque Stato la vittima si rechi, il riconoscimento dell'ordine di protezione dovrebbe avvenire in tempi rapidi e modalità semplici, in modo da assicurare alla vittima di potersi spostare in sicurezza. Il meccanismo prevede infatti che lo Stato di esecuzione adotti a sua volta una misura equivalente -di carattere penale, civile o amministrativo⁸²⁴- al fine di proteggere la persona in questione da atti di violenza di rilevanza penale, che possano "metterne in pericolo la vita, l'integrità fisica o psichica, la dignità, la libertà personale o l'integrità sessuale"⁸²⁵.

Nonostante la proposta sia precedente al pacchetto di misure in ambito di protezione dei diritti delle vittime presentato dalla Commissione nel 2011, e benché sia venuta dagli Stati membri, essa si sposa perfettamente con lo spirito di intervento espresso dalla Commissione nel suddetto pacchetto. Si tratta infatti, nella fattispecie, di una misura pensata in particolare per la protezione delle donne

⁸²³ Si veda in proposito, più approfonditamente, C. AMALFITANO, "L'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime di reato", *op. cit.*, pp. 664-666

⁸²⁴ Art. 9 par. 1 della direttiva 2011/99/UE

⁸²⁵ Art. 1 della direttiva 2011/99/UE

vittime della cosiddetta violenza di genere⁸²⁶, che però è estesa alle vittime di qualsiasi altro reato per il quale vi sia un responsabile identificato.

Va però anche segnalato come la tabella di marcia presentata dalla Commissione e relativa comunicazione⁸²⁷ abbiano influito su uno dei punti motivo di maggiore conflitto tra le istituzioni coinvolte. Il Consiglio, supportato dal servizio legale del Parlamento, era a favore di un'interpretazione ampia del riferimento 'all'ambito penale', in modo da farvi rientrare anche misure non strettamente penali in base agli ordinamenti nazionali. Lo scopo di tale posizione era da un lato quello di includere il numero maggiore possibile di misure e dall'altro quello di adottare un'interpretazione autonoma ed unica per tutta l'Unione, basata sulla sostanza della misura di protezione piuttosto che sul modo in cui la stessa si presenta formalmente⁸²⁸. Tale opzione ha però ceduto davanti all'impostazione preferita dalla Commissione, che propendeva per circoscrivere il campo d'applicazione della direttiva alle sole misure identificate come penali nell'ordinamento giuridico d'adozione della misura di protezione. In tale ottica, infatti, il pacchetto di misure presentato il 18 maggio 2011 prevede, accanto all'ordine di protezione europeo, l'adozione successiva di uno strumento di mutuo riconoscimento per le misure di protezione in ambito civile⁸²⁹.

Un altro aspetto controverso della direttiva, che ha visto più posizioni confrontarsi durante l'iter legislativo, attiene alla definizione delle autorità autorizzate ad emettere gli ordini di protezione (tanto nello Stato di emissione dell'ordine europeo di protezione, quanto in quello di esecuzione). Si tratta qui, a ben vedere, di una vecchia questione –già affrontata in relazione agli strumenti di cooperazione giudiziaria penale a finalità repressiva, quanto a quelli di cooperazione di polizia– motivo per cui il dibattito non è stato comunque particolarmente lungo. Tale questione viene infatti in esame ogni qualvolta si abbia a che fare con il mutuo riconoscimento di un atto che limiti o comprima in qualche modo i diritti o le libertà degli individui. Anche in questo caso, infatti, l'altra faccia della protezione accordata alla vittima sono le limitazioni imposte al suo persecutore.

Perché venga emesso un ordine di protezione europeo alla persona deve essere stato infatti imposto, alternativamente, di non frequentare determinate località, luoghi o zone, di non avere contatti (o avere contatti regolamentati in modo specifico) con la persona oggetto di protezione, di non

⁸²⁶ Come emerge dal considerando n° 4 che richiama le risoluzioni del Parlamento europeo in materia del 2009 e del 2010

⁸²⁷ COM(2011) 274 def.

⁸²⁸ T. JIMÉNEZ BECERRIL, C. ROMERO LOPEZ, "The European protection order", in *Eu crim*, n°2, 2011, p. 77

⁸²⁹ Siffatta scelta è espressa dalla Commissione stessa nella comunicazione che accompagna il pacchetto di misure per le vittime di reato nel momento in cui essa propone l'adozione di uno strumento specifico per il mutuo riconoscimento delle misure di protezione adottate in ambito civile COM(2011) 274/2, pp. 10-11. Nella stessa viene ancora una volta richiamata l'importanza del mutuo riconoscimento di misure di protezione in particolare per le donne e per i bambini (classificate vittime particolarmente vulnerabili) a cui viene affiancato il richiamo alle vittime del terrorismo e degli incidenti stradali

avvicinarsi (o di avvicinarsi secondo regole precise) alla stessa entro un perimetro definito⁸³⁰. Il risultato finale vede, come già avvenuto in altri casi, l'equiparazione di autorità giudiziarie ed altre ritenute a tal fine equivalenti in quanto competenti ad emettere misure di protezione a norma della legislazione nazionale⁸³¹. La stessa disposizione prevede poi che gli Stati membri comunichino alla Commissione quali siano le autorità competenti in modo che questa possa mettere le informazioni a disposizione di tutti gli Stati e facilitare quindi la cooperazione.

Su modello degli altri strumenti di mutuo riconoscimento si riconoscono poi il modello di ordine che segue le disposizioni normative ed una lista di motivi che le autorità possono opporre per non dare esecuzione all'ordine⁸³². Tra questi ultimi, che rappresentano unicamente motivi facoltativi di rifiuto, l'unico che faccia esplicito riferimento ai diritti della persona oggetto delle restrizioni è quello che concerne il principio del *ne bis in idem*. Gli altri motivi di rifiuto attengono in gran parte a differenze tra gli ordinamenti nazionali, che, in una logica di mutuo riconoscimento, dovrebbero invece –almeno gradualmente- scomparire. Tra questi si ritrovano il principio di territorialità, norme di prescrizione, amnistia e non ascrizione dell'atto violento alla categoria dei reati secondo la legislazione dello Stato di esecuzione. Si aggiungono norme, sempre dello Stato di esecuzione, attinenti all'inapplicabilità delle restrizioni in ragione dell'impossibilità di considerare la persona penalmente responsabile in ragione dell'età o dell'immunità di cui questa gode per altri motivi. Da ultimo vi sono poi ragioni di rifiuto attinenti all'errata compilazione del formulario o alla mancanza dei requisiti richiesti in merito alla misura adottata nello Stato di emissione.

Tale lista di motivi di rifiuto appare particolarmente lunga, soprattutto, come detto, in quanto la maggior parte dei potenziali ostacoli deriva da differenze tra le legislazioni nazionali, che dovrebbero -almeno in parte- essere superate. E' questo il caso sicuramente del principio di territorialità⁸³³, ma ci si sente di affermare la stessa cosa anche per altre delle ragioni menzionate. Emerge quindi ancora una volta la necessità di rafforzare il sentimento di reciproca fiducia tra gli ordinamenti statali, e ciò anche per il tramite di misure di armonizzazione minime adottate a livello dell'Unione. Inoltre -come già indicato in riferimento ad altri strumenti di mutuo riconoscimento- è da notare come, nonostante l'affermazione del principio, il *ne bis in idem* costituisca motivo di rifiuto facoltativo e non obbligatorio. Si potrebbe quindi dire, con un'osservazione conclusiva sui

⁸³⁰ Art. 5 della direttiva 2011/99/UE; la lista presente nella proposta originale era da un lato più lunga, ma, dall'altro, prevedeva solo divieti totali e non contemplava la possibilità che questi fossero invece restrizioni "parziali", soggette a determinate regole, Initiative of the Kingdom of Belgium, the Republic of Bulgaria, the Republic of Estonia, the Kingdom of Spain, the French Republic, the Italian Republic, the Republic of Hungary, the Republic of Poland, the Portuguese Republic, Romania, the Republic of Finland and the Kingdom of Sweden with a view to the adoption of a Directive of the European Parliament and of the Council on the European Protection Order, (2010/C 69/02), GU C 69 del 18.3.2010, art. 2

⁸³¹ Art. 3 par. 1 della direttiva 2011/99/UE

⁸³² Art. 10 della direttiva 2011/99/UE

⁸³³ Come emerso dal paragrafo dedicato al principio del *ne bis in idem*

motivi di non esecuzione dell'ordine europeo di protezione, che questi risultano troppo estesi per ragioni attinenti più alla mancanza di un effettivo riconoscimento reciproco che a motivazioni di sostanza, mentre risultano insufficienti sul versante della reale protezione dei diritti e delle libertà degli individui.

La direttiva sull'ordine di protezione europeo, come gli altri due strumenti analizzati in materia di salvaguardia delle vittime di reato, ha avuto un rapido iter di adozione. Tale caratteristica si è quindi mantenuta costante nonostante, rispetto agli altri due atti normativi, la direttiva sull'ordine di protezione sia stata proposta dagli Stati membri, riguardasse il mutuo riconoscimento, e non presentasse unicamente aspetti volti alla tutela ma anche alcuni di carattere repressivo. Accanto a tale aspetto, è però anche vero che i nodi critici degli strumenti di mutuo riconoscimento a finalità repressiva non emergono in maniera forte nella direttiva in esame, e nel momento in cui sono emersi non sono stati caratterizzati da alcuna evoluzione (è il caso, segnalato, dei motivi di rifiuto all'esecuzione dell'ordine).

Vi è infine una questione relativa alla salvaguardia di vittime -o potenziali tali- particolarmente importante per la lotta alla criminalità organizzata che non ha ancora visto l'adozione di strumenti di intervento adeguati. Si tratta della protezione delle vittime della criminalità organizzata che collaborano attivamente con la giustizia e, più in generale, di tutti coloro che entrano in gioco nelle relative indagini o procedimenti giudiziari. Da questo punto di vista, infatti, la criminalità organizzata ha modalità di azione particolari, che si caratterizzano per un fortissimo spirito di vendetta. Questa, inoltre, non ricade unicamente sui diretti interessati, ma potenzialmente su tutti coloro che a queste persone sono vicini, nonché sull'attività lavorativa e sulle proprietà di chiunque si metta contro il sistema criminale. Un'altra caratteristica è poi la 'lunga memoria' delle organizzazioni criminali, che possono colpire anche a distanza di molto tempo⁸³⁴.

E' quindi evidente che tale ambito necessita di interventi specifici e mirati, che non possono essere quelli previsti dalla direttiva sulla protezione delle vittime di reati -benché essa contenga accorgimenti particolari per le vittime più vulnerabili- né, sicuramente, quelli dell'ordine europeo di protezione. La disciplina necessaria potrebbe essere sviluppata in particolare a partire da quegli ordinamenti nazionali che hanno familiarità storica con il fenomeno. In questo senso sicuramente l'Italia può fornire un considerevole apporto, in quanto essa ha sviluppato, a partire dai primissimi

⁸³⁴ Un'ulteriore difficoltà incontrata dalle vittime delle associazioni criminali e dai loro familiari in cerca di giustizia è poi data dal fatto che spesso i crimini commessi dalle organizzazioni e le organizzazioni stesse sono spesso commistionati con i sistemi istituzionali, carattere che rende particolarmente difficile condurre indagini e quindi venire a capo delle relative responsabilità, con la conseguenza che è difficile assicurare tutti i colpevoli alla giustizia

anni Novanta, una legislazione *ad hoc*⁸³⁵ – il riferimento è alla normativa sui collaboratori, e successivamente anche testimoni, di giustizia.

Poiché la direttiva sui diritti delle vittime e quella sull'ordine europeo di protezione sono di recentissima adozione, è difficile che possa intervenire a breve termine una modifica delle stesse al fine di ricomprendere le fattispecie evocate. Come proposto in uno studio commissionato dalla commissione LIBE del PE, le relative misure potrebbero quindi più facilmente essere alla base di un atto normativo autonomo⁸³⁶; data la disponibilità e la promozione in questo senso del Parlamento sarebbe quindi in definitiva altamente auspicabile un intervento dell'Unione in questo senso.

⁸³⁵ In particolare si richiama la legge del 15 marzo 1991 n° 82, come sostituita dalla legge del 13 febbraio 2001 n°45 GU n°58 del 10.3.2001-Supplemento ordinario n°50. Queste prevedono misure di protezione particolari per i testimoni ed i collaboratori di giustizia in ambito di criminalità organizzata. (I primi si distinguono dai secondi in quanto non hanno preso precedentemente parte all'attività criminale).

⁸³⁶ V. MITSILEGAS, *The Council Framework Decision on the fight against Organised Crime: what can be done to strengthen EU legislation in the field?*, op. cit., p. 24. L'atto proposto avrebbe come base giuridica d'elezione nuovamente l'art. 82 par. 2 TFUE, in realzione alla quale lo studio stesso avanza però perplessità. Queste deriverebbero dalla necessità e le difficoltà di dimostrare che la misura in questione è necessaria per facilitare le operazioni di mutuo riconoscimento (come prescritto dai Trattati). Si richiama addirittura, per ovviare a tale eventualità, la lett. d) della stessa disposizione, che prevede la possibilità – in presenza dell'unanimità in Consiglio e dell'accordo del Parlamento – di ampliare le competenze dell'Unione in materia di procedura penale. Non appare però difficile stabilire il nesso richiesto andando a ricalcare le motivazioni attinenti alla libertà di circolazione già avanzate per i due strumenti precedentemente presentati -ed il vantaggio in merito all'opera di contrasto alla criminalità organizzata sarebbe innegabile.

Conclusioni preliminari - Parte I

Dalla presentazione e dall'analisi condotta appare immediatamente evidente come l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona abbia effettivamente cambiato il volto alla cooperazione giudiziaria in materia e offerto le potenzialità per fare dell'Unione un sistema politico maturo sotto questo punto di vista. Le nuove basi giuridiche ed il nuovo assetto istituzionale forniscono infatti gli elementi potenziali per lo sviluppo di un diritto penale europeo, che sia tanto efficace nel reprimere il crimine, quanto volto a garantire il rispetto dei diritti delle persone coinvolte. Ciò non solo perché, come è emerso già da tempo, il rispetto di un nucleo comune di garanzie è fattore indispensabile a creare quella fiducia reciproca tra ordinamenti nazionale che è alla base della cooperazione, ma perché l'Unione assuma i caratteri propri di una vera comunità politica. Questa è chiamata ad offrire ai suoi cittadini non unicamente un mercato funzionante, ma anche uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in cui nessuna delle tre dimensioni prevalga sulle altre.

Se gli obiettivi teorici sono di chiara identificazione, i fatti mostrano ad oggi come la condivisione di tale progetto non sia ancora piena, né assoluta e nemmeno totalmente consapevole. Ciò è sicuramente, in gran parte, anche retaggio di venti anni di cooperazione giudiziaria in materia penale impostata in maniera differente, senza voler tenere conto della necessità di costruire quella fiducia reciproca che è stata testé richiamata.

Al termine dell'analisi condotta in questa prima parte della ricerca, si possono individuare tre aspetti principali che mostrano, in modo evidente, le difficoltà di superare il *modus operandi* pre-Lisbona, a cui si sommano altri tre fattori critici della fase attuale.

Va *in primis* evidenziato come l'azione dell'Unione in materia di cooperazione giudiziaria continui, almeno per il momento, a muoversi sul “doppio binario”, ovvero a presentare misure distinte per repressione e salvaguardia dei diritti. Le misure adottate con finalità repressiva sono molteplici e quindi, nella maggioranza dei casi, si tratterebbe di cambiare l'aspetto e la struttura di testi già esistenti, apportando modifiche multiple agli stessi. E' invece sicuramente più semplice adottare nuovi strumenti destinati, indirettamente, ad integrarne le mancanze, ma il risultato non può che essere inferiore in termini di salvaguardia dei diritti e delle libertà individuali, in quanto il rischio di vuoti e di mancanza di armonia tra disposizioni afferenti a strumenti diversi è sicuramente alto.

Un secondo fattore attiene al contenuto delle garanzie introdotte in materia di salvaguardia dei diritti e delle libertà, ed, in particolare, al livello da esse espresso. Riferendosi infatti all'attività normativa sviluppatasi sulla scia della *road map* sui diritti procedurali, l'analisi ha evidenziato che, nonostante il fattore assolutamente positivo dato dal fatto che gli Stati hanno effettivamente mostrato la volontà di percorrere tale cammino, i risultati non sono particolarmente soddisfacenti.

Appena, infatti, ci si allontana dalle questioni meno controverse e di facile accordo, il livello di garanzie offerto generalmente non supera quello espresso dalla CEDU e dalla sua interpretazione giurisprudenziale, ed, in alcuni punti, sembra addirittura prefigurarne uno inferiore⁸³⁷. Tale ultimo aspetto prefigurerebbe una violazione della Carta stessa dei diritti fondamentali dell'Unione, oltre che degli strumenti stessi, che contengono, tutti, la clausola di “non regressione”, volta proprio ad indicare che le disposizioni non possono prefigurare un livello di salvaguardia dei diritti inferiore a quello elaborato in sede di Consiglio d'Europa in relazione alla CEDU. Tale livello dovrebbe quindi costituire un punto di partenza per l'azione normativa dell'Unione, che dovrebbe però, per avere un senso, spingersi oltre. Non si vedrebbe infatti, in caso diverso, il valore aggiunto della legislazione così adottata, né si farebbe alcun passo effettivo verso la costruzione di regole per quell'obiettivo di costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra gli Stati membri. Lo stesso limite si evidenzia anche il relazione alle misure adottate per la salvaguardia delle vittime. Se, infatti, da un lato, la vittima non viene più vista come unicamente funzionale al processo e quindi le sue necessità sono prese in considerazione a tutto tondo, andando a guardare ai diritti effettivamente garantiti alle stesse nel momento in cui siano vittime della tratta di esseri umani, il giudizio, di nuovo, si scontra con un livello molto carente.

La tendenza ad accordi al ribasso sulle garanzie, evidenti nella precedente attività di cooperazione, rischia quindi di perdurare anche in presenza di basi giuridiche *ad hoc* e del nuovo assetto che vede il Parlamento in qualità di legislatore e la Carta dei diritti dotata di efficacia vincolante.

Da ultimo, retaggio di un'impostazione per cui la partecipazione allo sviluppo di uno spazio unico di libertà, sicurezza e giustizia non rientra in un progetto ed in una visione interiorizzata dai governi, è la possibilità di sviluppo a geometria variabile. Come già richiamato più volte, permangono infatti le possibilità di *opting in* (e quindi, in principio *opting out*) di Regno Unito, Irlanda e Danimarca, e l'analisi ha mostrato come, in particolare il primo e l'ultimo stato, abbiano già rifiutato di aderire ad alcune misure a finalità garantista. Accanto a ciò, il Trattato prevede la possibilità dell'istituzione di cooperazioni rafforzate, anche se finora non si è fatto ricorso a tale opzione. Il dibattito sull'effetto sul processo d'integrazione di tali accorgimenti è noto, ma nella prospettiva inaugurata dal nuovo Trattato il ricorso agli stessi appare decisamente più negativo di quanto non fosse in precedenza, perché rischia di impedire quel salto di qualità che porterebbe l'Unione ad essere una vera comunità.

A questi tre aspetti critici, in gran parte dovuti al retaggio dello sviluppo della cooperazione in materia, se ne affiancano, come annunciato, altri tre, che costituiscono blocchi all'evoluzione indicata.

⁸³⁷ Si veda capitolo 3, sezione 1, paragrafo 1.3.

Il primo si riferisce all'approccio della Corte di giustizia ai ricorsi che chiamano in causa il rispetto dei diritti fondamentali in relazione all'applicazione di norme di cooperazione giudiziaria a finalità repressiva. Il riferimento è, in primo luogo, alla ricca giurisprudenza sviluppatasi anche successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in particolare, ma non solo, in riferimento al mandato d'arresto europeo. Pare che l'atteggiamento della Corte sia quello di evitare, finché possibile, di esprimersi in modo chiaro e diretto in materia, come evidenziato nel caso *Kozłowski*⁸³⁸, o di definire in modo autonomo aspetti specifici di diritti riconosciuti agli imputati – il riferimento è al caso *Mantello*⁸³⁹. Ciò lascia margini di vaghezza che precludono ad ulteriori ricorsi (in genere rinvii interpretativi) ed allo stesso tempo la Corte, così facendo, sembra abdicare a quella funzione storica di pioniere del diritto dell'Unione, ed in particolare di difensore dei diritti fondamentali, a cui tanto deve il processo stesso di integrazione. Quando poi non ha potuto evitare di affrontare le questioni in modo esplicito, la Corte, nel momento in cui ha dovuto scegliere se privilegiare il mutuo riconoscimento e quindi la finalità repressiva dell'intervento o la salvaguardia dei diritti fondamentali, pare aver optato per il primo. Tale tendenza è evidente nel caso *Melloni*⁸⁴⁰, che ha visto prevalere le ragioni della cooperazione giudiziaria su di un diritto costituzionalmente garantito, ma anche nel caso *Jeremy*⁸⁴¹, che vede sì prevalere i diritti fondamentali, ma, pare, solo in quanto non in contrasto con quanto sancito dalla decisione quadro sul mandato d'arresto in riferimento alla regola di specialità. Ancora, in più casi la Corte non ha accolto le conclusioni degli Avvocati generali, che hanno spesso proposto soluzioni più garantiste e, al tempo stesso, più integrazioniste. Il riferimento è sicuramente ai casi *Wolzenburg*⁸⁴² in merito al principio di non discriminazione e *Radu*⁸⁴³ sulla questione del rispetto dei diritti fondamentali quale motivo alla base del rifiuto all'esecuzione di un mandato d'arresto. Nonostante i richiami alla carta dei diritti non siano mancati, si potrebbe definire l'atteggiamento della Corte come timido nell'affermare tali diritti in riferimento ai cittadini europei, senza tenere in conto come ciò possa costituire, in un'ottica più larga, anche un aspetto negativo per la costruzione di una politica efficace da un punto di vista repressivo. La Corte non sembra quindi disposta, al momento, nell'abito cruciale della cooperazione penale, a giocare quel ruolo di forte propulsore al processo di integrazione che l'ha vista in altri tempi ed in altri ambiti protagonista.

⁸³⁸ CGUE, *Kozłowski*, cit.

⁸³⁹ CGUE, *Mantello*, cit.

⁸⁴⁰ CGUE, *Melloni*, cit.

⁸⁴¹ CGUE, *Jeremy*, cit.

⁸⁴² CGUE, *Wolzenburg*, cit.

⁸⁴³ CGUE, *Radu*, cit.

Un secondo elemento di critica all'attuale sviluppo del settore in esame viene, come già affrontato nella parte dedicata al “dibattito sul metodo”⁸⁴⁴, dagli ambiti specifici in cui l'Unione ha deciso di intervenire. Alla scarsa ambizione richiamata in riferimento al livello di garanzia proposto dagli strumenti adottati a finalità garantista e promozionale, si affianca infatti un'altrettanto scarsa ambizione circa l'individuazione delle fattispecie da normare. Questi sono infatti, per ora, quelli classici, ed il legislatore dell'Unione non si è (ancora?) spinto oltre il terreno certo delle garanzie assicurate dalla CEDU. Anche le ultime proposte della Commissione, per quanto evidenzino un qualche elemento di innovazione, sono infatti limitate ad aspetti particolari, sui quali non sarà probabilmente difficile trovare l'accordo in seno al Consiglio. Quest'ultimo, da parte sua –e quindi gli Stati membri- pare perdurare in tutto e per tutto in un atteggiamento di gioco al ribasso, che è contrario allo spirito che dovrebbe invece prevalere, segno che le reticenze a collaborare veramente sono ancora forti (si richiama qui, nuovamente, anche la non partecipazione di alcuni Stati ad alcune delle nuove misure).

A tale questione se ne lega, infine, un'ultima. La mancanza di coraggio e volontà da parte degli Stati nell'indicare garanzie condivise per imputati e vittime di reati risulta infatti evidente anche in ambito repressivo. Non è infatti ancora stata identificata una caratterizzazione precisa e circoscritta del concetto di criminalità organizzata, ma, ancora peggio visto che gli strumenti che se ne occupano dovrebbero essere a breve sostituiti da una nuova direttiva, la questione del riconoscimento delle prove raccolte in altri Stati continua a non essere affrontata. L'ordine d'indagine penale manca quindi di disciplinare ciò che realmente ostacola il mutuo riconoscimento in materia. Tali considerazioni sono intimamente legate anche al discorso sulle garanzie dei singoli coinvolti, in quanto definizioni chiare e chiari criteri di riconoscimento tutelano gli stessi rispetto a possibili zone grigie ed interventi discriminatori da parte di diversi Stati membri.

In conclusione, se il Trattato, da una parte, fornisce gli strumenti per lo sviluppo di un vero e proprio spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dall'altro le reticenze ancor forti degli Stati membri ad impegnarsi realmente in questo progetto rischiano di renderlo vano. Ora vi è infatti l'opportunità di cimentarsi nella costruzione dello stesso, e se l'Unione mancherà di coglierla, potrebbe essere molto difficile agire per aggiustamenti successivi. In questo senso determinante può essere sicuramente anche l'apporto del Parlamento in qualità di legislatore nonché di agente propulsivo (come ha dimostrato con l'adozione della Risoluzione del 23 ottobre 2013 sulla criminalità

⁸⁴⁴ Si veda capitolo 3, sezione 1, paragrafo 2.3

organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro⁸⁴⁵) e molto può dipendere anche dal carattere della prossima Commissione, ma l'impegno degli Stati membri è indubbiamente irrinunciabile.

⁸⁴⁵ Parlamento europeo, Risoluzione sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere (relazione finale), (2013/2107(INI)), del 23 ottobre 2013

PARTE II : IL PROBLEMA DEL RISPETTO DEI DIRITTI DI LIBERTA'

Il diritto fondamentale alla libertà ed alla sicurezza viene posto all'interno della Carta dei diritti sotto il Titolo dedicato alla libertà (Titolo II), ma benché sia immediatamente percepibile come il primo messo a rischio dalla lotta alla criminalità, non è però l'unico, nemmeno in questo gruppo di diritti in gran parte cosiddetti positivi. Se infatti tutte le misure che ruotano attorno al processo penale mettono necessariamente a rischio i diritti e le libertà fondamentali, vi sono altri aspetti della lotta al crimine suscettibili di costituire un pericolo per gli stessi.

Accanto alla cooperazione giudiziaria in ambito penale, infatti, la cooperazione di polizia costituisce intuitivamente l'altro grande ambito di intervento, anch'esso suscettibile di generare tensione nei confronti della salvaguardia di diritti e libertà individuali. La peculiarità di tale settore di cooperazione a livello dell'Unione è costituita dal fatto che lo strumento principale non è tanto l'intervento operativo, quanto, in modo di gran lunga preponderante, lo scambio di informazioni e dati.

Risulta quindi evidente la rilevanza rispetto a tale intervento del diritto alla protezione dei dati personali, altro diritto ricompreso nel Titolo della Carta dedicato alla libertà. Accanto a questo, particolarmente importante per l'esame in atto è il diritto al rispetto della proprietà privata. Un ambito di primaria e crescente importanza per il contrasto alla criminalità è, infatti, quello patrimoniale. Le attività della criminalità, e segnatamente quella organizzata, hanno carattere sempre più economico e colpire quindi beni ed introiti diventa quindi una priorità.

Benché i due diritti menzionati non siano gli unici ad essere presi in causa nei due ambiti richiamati, essi sono sottesi in maniera evidente all'intervento dell'Unione e l'equilibrio tra l'esigenza di rispetto degli stessi e quella di attuare un'efficace azione di contrasto alla criminalità costituisce una continua fonte di tensione. Questi due diritti, oltre ad essere entrambi qualificati come diritti di libertà, hanno altri caratteri che li accomunano. Si tratta, infatti, di diritti non assoluti, il cui rispetto, secondo la tradizione costituzionale condivisa dagli Stati dell'Unione, può subire limitazioni in ragione di interessi generali.

Il diritto alla salvaguardia dei dati personali è posto a rischio in maniera crescente in un ambiente caratterizzato da una rapidissima evoluzione tecnologica e dall'uso massivo della stessa, e la regolamentazione di raccolta, uso e trattamento dati è quindi una questione cruciale a tutti i livelli. In particolare, nell'ambito della lotta alla criminalità, tali dati possono essere molto utili, ma si prestano ad essere il viatico per la violazione di altri diritti e libertà. È facile, ad esempio, che,

proprio dalle forze dell'ordine, in un ambiente caratterizzato da alte tensioni, gli stessi vengano utilizzati per attività di *profilage*, o, ancora, che vengano trasmessi – volontariamente o meno – a terzi che ne facciano un utilizzo non autorizzato.

Tali possibilità sono reali e destano ulteriori preoccupazioni in quanto è possibile raccogliere anche dati in grado di dare informazioni molto precise su di una persona, a partire dai dati di tipo biometrico.

La ricerca di un equilibrio tra la necessità di salvaguardare il diritto in esame e quella di attuare un'efficace lotta alla criminalità è quindi di primaria importanza, importanza che si riconosce anche nell'ambito degli interventi sui capitali: le informazioni riguardanti i conti bancari hanno infatti una rilevanza primaria. Risulta quindi evidente tanto la rilevanza della questione, sotto molteplici aspetti, quanto la necessità di un intervento deciso in materia, che vede l'Unione muoversi con colpevole ritardo. La salvaguardia dei dati personali ha avuto infatti a lungo un carattere ancillare rispetto a quello della trasmissione degli stessi, e, in particolare nell'ambito dell'ex terzo pilastro, l'azione dell'Unione si è rivelata tardiva e, ad oggi, fortemente insufficiente.

Con riferimento all'intervento sui capitali, però, rispetto all'azione di polizia *tout court*, la tensione nei confronti del diritto al rispetto della proprietà privata è però indubbiamente preponderante. Il blocco delle transazioni, nonché la confisca di beni di origine malavitosa costituisce uno dei mezzi principali di un moderno contrasto alla criminalità, con particolare riferimento a quella organizzata. L'esperienza maturata in particolare nel caso italiano ha infatti mostrato come le indagini patrimoniale diano risultati di gran lunga superiori rispetto alle indagini classiche, così come è molto più semplice intervenire sui patrimoni che sulle persone ricercate. Il tracciamento del flusso dei capitali, e quindi la possibilità di evitarne il riciclaggio, costituisce sicuramente un aspetto centrale, e se la confisca degli stessi prelude anche ad un loro riutilizzo a fini sociali, si opera anche una prima compensazione al danno prodotto alla società nel suo complesso.

Ne consegue che il diritto alla proprietà privata subisce una giusta compressione, che sottolinea però come vadano individuati criteri chiari alla base dell'equilibrio tra le diverse esigenze. In questo caso l'Unione, e segnatamente la Corte di giustizia, ha cominciato ad interessarsi presto della vicenda, in ragione del carattere economico della prima Comunità europea.

Queste caratteristiche peculiari e le difficoltà incontrate nello stabilire gli equilibri corretti in riferimento alla salvaguardia dei due diritti menzionati, che sono sottesi a due importanti ambiti di intervento della lotta alla criminalità, hanno condotto alla scelta dell'impostazione dei due capitoli che compongono la seconda parte. Nell'analizzare le misure di intervento nell'ambito della cooperazione di polizia ed in quello dell'intervento sui capitali collegati ad attività criminose,

verranno infatti analizzati con particolare attenzione i due diritti menzionati e l'azione dell'Unione in riferimento ad essi.

CAP 4 – IL DIRITTO AL RISPETTO DEI DATI PERSONALI E LA COOPERAZIONE DI POLIZIA

Il rispetto dei dati personali costituisce ad oggi uno dei diritti maggiormente a rischio di violazione anche nelle democrazie considerate “mature”. I mezzi di comunicazione e soprattutto la rete, permettono infatti la semplice e rapida diffusione di un grandissimo numero di informazioni ad un vasto pubblico. Si tratta quindi di un diritto le cui forme di salvaguardia sono in evoluzione anche sulla base dell’evoluzione del progresso tecnologico.

Nell’ambito del diritto dell’Unione, lo sviluppo della relativa disciplina è recente⁸⁴⁶, e ciò soprattutto in riferimento ai dati trattati in materia di cooperazione per la lotta al crimine. Il ritardo che caratterizza l’intervento del legislatore europeo è particolarmente grave in quanto la cooperazione di polizia –necessaria per una lotta integrata alla criminalità- si basa quasi unicamente sullo scambio di informazioni, e quindi di dati, primi fra tutti quelli a carattere personale.

Il carattere non assoluto del diritto in esame e i frequenti attacchi che esso subisce nel mondo moderno rendono in effetti sicuramente difficile trovare il punto di equilibrio nel momento in cui vengono in rilievo interessi contrastanti, ma l’Unione si è comunque mossa con colpevole ritardo in quest’area.

Uno degli ambiti di cooperazione di primario interesse per la lotta alla criminalità determina dunque una tensione costante con il diritto fondamentale alla salvaguardia dei dati personali, che è ulteriormente acuita dal fatto che il primo si è in gran parte sviluppato al di fuori del quadro giuridico dell’Unione. Ciò ha comportato il fatto che tanto i meccanismi decisionali che hanno portato agli accordi internazionali quanto il contenuto di questi ultimi non siano stati sottoposti a controllo democratico né siano stati valutati in base alla loro conformità con i diritti e le libertà fondamentali di cui l’Unione assicura il rispetto.

Va inoltre ricordato che alle tensioni che naturalmente scaturiscono tra attuazione della cooperazione di polizia in seno all’UE e salvaguardia di diritti e libertà fondamentali, vanno aggiunte quelle generate dal fatto che il settore di politica in esame è caratterizzato da una cooperazione a geometria variabile. Regno Unito ed Irlanda hanno infatti negoziato, e mantengono tuttora, la possibilità di associarsi alle singole misure (beneficiano quindi di una clausola di *opting in*) ma all’interno del Parlamento europeo, i deputati di tali Stati hanno pieno diritto di voto in merito. Tali paesi hanno accesso parziale al SIS, mentre vi sono Stati non UE che hanno sottoscritto

⁸⁴⁶ B. CORTESE, “La protezione dei dati di carattere personale nel diritto dell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona”, in *Il diritto dell’Unione europea*, Giuffrè, 2013, n° 2, p. 313

gli Accordi di Schengen e che sono quindi pienamente associati⁸⁴⁷. A tale quadro si aggiunge poi la Danimarca, che presenta una situazione comparabile a quella di Regno Unito e Irlanda con la possibilità di esercitare l'*opting in* sulle misure di sviluppo dell'*acquis*; essa ha rifiutato in partenza ogni comunitarizzazione dello stesso e le norme relative le sono quindi applicabili in forza di obbligazioni di diritto internazionale⁸⁴⁸. A ciò va aggiunta la complicazione dettata dal fatto che Stati parte alla Convenzione di Schengen ma completamente esterni all'UE (quali Svizzera, Norvegia, Islanda, Lichtenstein) non sono sottoposti ad alcuno dei controlli vigenti invece per gli Stati membri e, benché si tratti di Stati considerati generalmente sicuri sotto il profilo della salvaguardia dei diritti fondamentali, la possibilità di un trattamento dei dati poco ortodosso non è impossibile. La partecipazione a geometria variabile al SIS come alle altre banche dati di quest'area contribuisce così a creare forti incertezze in merito ad una effettiva protezione dei dati personali e ad un controllo sull'utilizzo che ne viene fatto⁸⁴⁹.

Lo sviluppo della cooperazione di polizia e le tensioni che essa ha creato nei confronti del rispetto di diritti e libertà fondamentali sarà quindi oggetto della prima sezione, mentre nella seconda ci si concentrerà sulla questione specifica della salvaguardia dei dati personali quale diritto principalmente chiamato in causa e sul modo in cui l'Unione affronta il rapporto tra esso e la cooperazione di polizia.

Sezione 1. Le tensioni create da un'evoluzione difficile della cooperazione di polizia

Come anticipato, l'attività di polizia rappresenta, insieme a quella giudiziaria in ambito penale, uno dei settori al cuore della sovranità statale, che annovera tra i suoi compiti primari il mantenimento della sicurezza e dell'ordine pubblici. In questi ambiti la cooperazione a livello dell'Unione si è quindi sviluppata tardivamente – come dimostra il fatto che fino al Trattato di Lisbona esse sono rimaste a costituire il terzo pilastro della struttura dell'Unione.

Proprio da tale difficoltà a cooperare in modo efficace deriva la peculiarità dell'evoluzione di questo ambito di intervento. La prima di queste concerne i modi della cooperazione e la seconda il merito.

⁸⁴⁷ Islanda, Norvegia, Lichtenstein e Svizzera

⁸⁴⁸ Le situazioni di Regno Unito, Irlanda e Danimarca in riferimento all'*acquis* di Schengen sono attualmente regolate, rispettivamente, dai Protocolli 19, 21 e 22 annessi al Trattato di Lisbona

⁸⁴⁹ F. GEYER, "Taking Stock: Databases and Systems of Information Exchange in the Area of Freedom, Security and Justice", *CEPS working paper*, maggio 2009, p. 5

I principali sviluppi in materia di cooperazione di polizia sono infatti stati preceduti da accordi, conclusi esternamente all'Unione, tra gruppi di Stati desiderosi di stringere le maglie attorno ai criminali, e quindi disposti a condividere parte della loro sovranità. E' il caso tanto della Convenzione di Schengen quanto del Trattato di Prüm, che sono poi stati successivamente inquadrati nell'architettura dell'Unione. Le prime vere iniziative autonome dell'Unione intera sono giunte successivamente al programma dell'Aja del 2004, il primo a prendere atto della necessità di un'azione integrata in materia di cooperazione di polizia e ad indicare un percorso.

Altra caratteristica figlia della difficoltà richiamata è quella che attiene al tipo di cooperazione effettivamente instaurata tra gli Stati dell'Unione. Questa si esplica infatti principalmente nello scambio di informazioni fra operatori di sicurezza che può avvenire talvolta per via diretta ma, molto più frequentemente, attraverso l'accesso a banche dati comuni. Tale condivisione di dati, soggetta a procedure via via semplificate, pone chiaramente in pericolo la salvaguardia del diritto alla protezione dei dati personali e necessita perciò di chiare regole comuni per il trattamento degli stessi.

Questa prima sezione del capitolo sarà quindi dedicata a presentare le peculiarità dello sviluppo della cooperazione di polizia come individuate e, dopo una prima parte sull'evoluzione atipica della cooperazione in questo ambito, si concentrerà soprattutto sulla questione dello scambio di informazioni, e quindi di dati. Durante lo svolgimento verranno messi in risalto i problemi che tale cooperazione ed i suoi diversi aspetti determinano in rapporto al rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali.

1. L'evoluzione della cooperazione di polizia

Le prime forme di cooperazione di polizia si sono sviluppate in via informale, sotto il cappello della struttura dei gruppi di lavoro TREVI⁸⁵⁰, che, finalizzata essenzialmente allo scambio di informazioni, aveva già in embrione l'essenza di ciò che sarebbe stato il principale oggetto anche della cooperazione strutturata.

Un primo vero punto di svolta è arrivato verso la metà degli anni Ottanta. Bisogna infatti attendere il Consiglio europeo di Fontainebleau del 25-26 giugno 1984 perché da una generica libera circolazione degli agenti economici – già prevista nei Trattati di Roma- si passi all'obiettivo specifico della soppressione delle misure di controllo alle frontiere intracomunitarie per la libera circolazione delle persone.

⁸⁵⁰ Si veda capitolo 1, sezione 2, par. 1.1

In quegli anni, accanto alle misure specifiche per il completamento del mercato unico, fissate nel Libro bianco della Commissione dell'85⁸⁵¹, hanno fatto il loro ingresso nel discorso europeo le misure cosiddette "compensatorie". In un ambiente caratterizzato da crescenti interconnessioni - legate allo sviluppo della tecnologia e dei mezzi di trasporto-, nel quale l'Unione (allora Comunità) stava realizzando in modo sempre più ampio⁸⁵² e compiuto l'abbattimento dei controlli alle frontiere interne, i capi di governo europei hanno sentito la necessità di contrapporre a tale apertura un restringimento delle maglie di controllo. La Commissione aveva infatti, contestualmente, auspicato e richiamato gli Stati membri alla formulazione di politiche comuni nell'ambito dei controlli alle frontiere esterne nonché ad una crescente cooperazione tra le autorità nazionali competenti⁸⁵³.

L'Atto Unico Europeo, però, ancora escludeva chiaramente ogni genere di competenza in materia in capo alla Comunità, e ribadiva anzi, in una Dichiarazione annessa al Trattato⁸⁵⁴, l'esclusività dell'azione statale nel campo dell'immigrazione.

Inoltre, un'analisi del testo dei Trattati fondatori mostra come la dimensione securitaria non fosse affatto contemplata all'inizio del processo d'integrazione, nonostante essi già prevedessero, in prospettiva, l'instaurazione del mercato interno⁸⁵⁵.

La cooperazione in materia, e segnatamente quella di polizia, si è quindi sviluppata tardivamente e, in mancanza di un quadro giuridico di riferimento, inizialmente esternamente all'Unione - allora Comunità. Come si vedrà, essa ha inizialmente origine come misura compensatoria all'instaurazione della completa libertà di circolazione delle persone; inoltre ha un carattere precipuamente non operativo e si basa in grandissima parte, sullo scambio di informazioni.

1.1. Le tensioni con diritti e libertà fondamentali determinate da un'evoluzione esterna al quadro giuridico dell'Unione

L'idea d'introdurre forme di cooperazione di polizia più stretta rispetto a quelle già stabilite a livello internazionale prende una forma compiuta dapprima esternamente al quadro della Comunità. Esse vanno infatti a costituire una delle due facce della medaglia espressione degli Accordi di

⁸⁵¹ Il libro bianco della Commissione sul completamento del mercato interno, COM(85) 310 def., del 14.06.1985, fissa la lista completa delle azioni da portare a termine per abolire le frontiere e fissa il 31 dicembre 1992 quale termine ultimo per la realizzazione compiuta del mercato interno

⁸⁵² Gli anni Ottanta si caratterizzano per l'apertura dell'Unione europea al Mediterraneo, con l'adesione della Grecia nel 1982 e di Portogallo e Spagna nell'86

⁸⁵³ Punto 29 del Libro bianco

⁸⁵⁴ Dichiarazione generale relativa agli articoli da 13 a 19 dell'Atto Unico Europeo

⁸⁵⁵ F. KAUFF-GAZIN, "Accords de Schengen", in *Répertoire Dalloz de droit communautaire*, marzo 2012, p. 3

Schengen⁸⁵⁶ e della relativa Convenzione di applicazione⁸⁵⁷. Questi hanno sancito la libertà di circolazione delle persone all'interno degli Stati aderenti attraverso la graduale soppressione dei controlli alle frontiere e, allo stesso tempo, si sono impegnati per il ravvicinamento delle politiche in materia di visti, diritto d'asilo, nonché misure di cooperazione tra le autorità doganali e di polizia per garantire l'ordine pubblico all'interno dei confini così definiti. In particolare, poi, gli Stati contraenti hanno prefigurato l'armonizzazione delle legislazioni in ambiti specifici di lotta alla criminalità e la ricerca di strategie comuni di lotta alla criminalità organizzata⁸⁵⁸. Ma il frutto più importante della cooperazione così stabilita è sicuramente il Sistema d'Informazione Schengen (SIS), istituito tramite la Convenzione del 1990⁸⁵⁹. Esso rappresenta tuttora il principale e più efficace strumento per reperire informazioni a livello dell'Unione su individui ed oggetti ricercati o posti sotto sorveglianza, a fini preventivi e repressivi⁸⁶⁰. In quest'ambito, però, ogni Stato resta "padrone" e responsabile delle informazioni da esso inserite⁸⁶¹.

Il legame tra effetto diretto delle disposizioni sulla libertà di circolazione e le misure dette compensatorie è stato anche ripreso, a distanza, dalla pronuncia del giudice dell'Unione (allora Comunità) nel caso *Wijsenbeek*. In esso la Corte, riprendendo le conclusioni dell'Avvocato Generale Cosmas, condiziona il diritto dei cittadini UE a godere pienamente della libertà di circolazione all'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri in materia di attraversamento delle frontiere esterne, visti, asilo e scambio di informazioni⁸⁶².

Al susseguirsi delle adesioni di altri Stati agli accordi di Schengen si è poi sovrapposta l'istituzionalizzazione della cooperazione di polizia della ex- Comunità con la fondazione dell'Unione europea e del terzo pilastro, intitolato a Giustizia e Affari interni. Tra le materie che rimarranno confinate al metodo intergovernativo fino al Trattato di Lisbona, quella della cooperazione di polizia sembrava essere partita con un passo decisamente più spedito rispetto alla cooperazione giudiziaria penale. Ne è dimostrazione il fatto che già con il Trattato di Maastricht era stata stabilita l'istituzione dell'Ufficio europeo di polizia (Europol), con l'obiettivo espresso di sviluppare lo scambio di informazioni tra Stati membri al fine di combattere le forme gravi di criminalità internazionale⁸⁶³.

⁸⁵⁶ Accordi di Schengen firmati il 14 giugno 1985 a Schengen fra Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo e Paesi Bassi

⁸⁵⁷ Convenzione di applicazione degli accordi di Schengen (CAAS) 19 giugno 1990, inizialmente sottoscritta dagli stessi cinque paesi

⁸⁵⁸ Art. 18 degli Accordi

⁸⁵⁹ Titolo IV della CAAS

⁸⁶⁰ Si tratta di una rete di banche dati nazionali collegate ad un'unità centrale. Sulla portata d'innovazione della Convenzione rispetto agli Accordi si veda L. S. Rossi, *Le convenzioni fra gli stati membri dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 88

⁸⁶¹ sulla regolamentazione dei rapporti che regolano la trasmissione dei dati, *ibidem*, pp. 101-105

⁸⁶² CGUE, 21 settembre 1999, causa C-378/97, *Florus Ariël Wijsenbeek*, in Racc. 1999, p. I-6270 e segg., punto 40

⁸⁶³ Ex art. K.1 e K.3 TUE

Vale poi la pena di sottolineare come il mandato di Europol –istituito tramite Convenzione adottata con atto del Consiglio del 1995-⁸⁶⁴ fosse stato specificamente individuato nell’attività di contrasto al crimine organizzato e, solo con il Trattato di Lisbona, sia stato esteso alle forme gravi di criminalità transnazionale⁸⁶⁵. Europol, che non costituisce affatto, o almeno non ha costituito finora in ragione degli scarsi poteri attribuiti al suo personale, il contraltare europeo dell’FBI ha comunque subito -in particolare da parte del Parlamento europeo e segnatamente della Commissione LIBE⁸⁶⁶- critiche particolarmente accese per l’immunità di cui gode il suo personale e per le scarse garanzie che le sue attività offrono in termini di salvaguardia dei dati personali.

L’accento posto sul controllo delle frontiere esterne all’Unione e sulle relative misure di sicurezza in contrapposizione alla libera circolazione interna, confermato dall’incorporazione dell’*acquis* di Schengen nel quadro giuridico dell’Unione con il Trattato di Amsterdam⁸⁶⁷, ha portato allo sviluppo di quella retorica ben identificata dall’espressione, coniata in dottrina, di *Fortress Europe*⁸⁶⁸.

La costruzione di un’identità e di uno spazio pubblico europeo basato sull’ “esclusione dello straniero” è facilitata dal crescente numero di banche dati europee⁸⁶⁹ -istituite, in particolare, ai fini del controllo e della gestione dei flussi migratori- e, portata all’estremo, si esplica in un’attività di arbitrario *profiling* ed identificazione dello straniero stesso, ritenuto potenzialmente criminale, con il nemico dell’ordine pubblico⁸⁷⁰. Tale approccio è stato trasposto anche all’interno dell’Unione, soprattutto in seguito agli attacchi terroristici verificatisi dal 2001 in poi, che hanno violentemente posto al centro dell’agenda politica il problema della sicurezza e, con essa, la questione dello sviluppo di una cooperazione di polizia più efficace. I controlli messi in atto, precipuamente, dalle compagnie aeree sono state il tramite principale per lo sviluppo di un nuovo tipo di controllo alle frontiere interne, che vede impegnata quella che è stata efficacemente definita polizia “a

⁸⁶⁴ Atto del Consiglio, del 26 luglio 1995, che stabilisce la convenzione basata sull’articolo K.3 del trattato sull’Unione europea che istituisce un ufficio europeo di polizia (Convenzione Europol), GU C 316 del 27.11.199

⁸⁶⁵ Art. 88 par. 1 TFUE, ripreso dall’art. 4 della decisione 2009/371/GAI che rappresenta la nuova base giuridica della neo-agenzia, Decisione 2009/371/GAI del Consiglio, del 6 aprile 2009, che istituisce l’Ufficio europeo di polizia (Europol), GU L121 del 15.5.2009

⁸⁶⁶ La Commissione del PE per le Libertà civili, giustizia ed affari interni

⁸⁶⁷ Incorporazione effettuata tramite protocollo allegato al Trattato

⁸⁶⁸ Per un’analisi critica di tale concezione si veda D. BIGO, “EU police cooperation: national sovereignty framed by European security?” in E. GUILD and F. GEYER, *Security versus justice? Police and judicial cooperation in the European Union*, Cornwall, TJ International Ltd, 2008, p. 99

⁸⁶⁹ Oltre a citato SIS, si trovano infatti il Sistema d’identificazione automatica delle impronte digitali dei richiedenti asilo (Eurodac), il Sistema d’informazione visti (VIS), il Sistema informativo doganale (SID), il Sistema informatizzato Europol (SIE) ed il Sistema di gestione automatizzata dei casi di Eurojust; a queste va aggiunto il SIS di seconda generazione, istituito tramite Decisione 2007/533/GAI del Consiglio, del 12 giugno 2007, sull’istituzione, l’esercizio e l’uso del sistema d’informazione Schengen di seconda generazione (SIS II), GU L 205 del 7.8.2007

⁸⁷⁰ Sulla sovrapposizione delle nozioni di “criminale” e “nemico” e sullo sviluppo della concezione di criminale potenziale, M. DELMAS-MARTY, *Liberté et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, Editions du Seuil, 2010, pp. 84-109; sulla barriera che tale impostazione di pensiero pone tra coloro che vengono riconosciuti cittadini e gli stranieri o immigrati si veda D. BIGO, *op. cit.*, p. 104

distanza”⁸⁷¹. E’ il caso di analisti che, sulla base delle informazioni raccolte puntano, proattivamente, all’identificazione di gruppi di persone “predisposte alla criminalità” sulla base di ricerche sociologiche. Conseguono a queste, azioni assolutamente arbitrarie, perpetrare attraverso il diniego dell’emissione di visti e, più in generale, di ingresso sul territorio; ciò in contraddizione anche con l’assunto dell’abbattimento delle frontiere interne che, per l’appunto, viene spesso disatteso⁸⁷². Una tale impostazione, oltre a rappresentare un ostacolo alla libertà di circolazione ed una subordinazione di tale dimensione a quella della sicurezza⁸⁷³, va chiaramente anche ad incidere sulla libertà della persona nel senso della tradizione dell’*habeas corpus*⁸⁷⁴ e giunge a far vacillare gli assunti dello stato di diritto.

A quanto detto va poi aggiunta una considerazione in merito all’incorporazione dell’*acquis* di Schengen nel quadro giuridico dell’Unione. Se da un lato ciò ha idealmente riportato tutta la normativa relativa –nonché la gestione del SIS- sotto gli elementi di tutela dei diritti e della legittimità democratica posti dall’Unione, dall’altro le modalità con cui è stato realizzato hanno dato origine ad elementi di debolezza proprio sotto questo profilo⁸⁷⁵. Questi emergono dalla partecipazione differenziata degli Stati a tale *acquis*, al punto che recentemente l’Avvocato Generale Mengozzi ha affermato nelle conclusioni al caso *Regno Unito e Irlanda c. Consiglio*⁸⁷⁶, che la “cooperazione rafforzata di Schengen costituisce una sorta di corpus parallelo nel diritto dell’Unione” per il fatto che il numero degli Stati che partecipano alle decisioni non è, spesso, identificato con la totalità degli Stati membri⁸⁷⁷.

E’ quindi evidente che la raccolta e lo scambio di informazioni sono al centro dell’impostazione “securitaria” come della cooperazione di polizia *tout court*, che, mostrandosi ancora difficilmente realizzabile sul piano operativo, vede proprio nell’aspetto citato la sua forma più sviluppata. Il

⁸⁷¹ D. BIGO, *op. cit.*, p. 101

⁸⁷² *Ibidem*, pp. 98-102. E’ questo anche il caso delle liste di presunti terroristi stilate in sede ONU e contro le quali l’UE adotta misure di congelamento dei beni senza effettuare controlli sull’effettivo coinvolgimento dei soggetti in attività illegali o di favoreggiamento, nè senza concedere loro alcuna possibilità effettiva di appello. Sulla materia si è sviluppato, davanti alla Corte di giustizia, un prolifico filone giurisprudenziale, che ha visto la Corte prendere una netta posizione in difesa della prevalenza della tutela dei diritti fondamentali su qualsiasi impegno esterno assunto dagli Stati o dall’Unione; si veda, su tutti, T. TRIDIMAS, “Terrorism and the ECJ: Empowerment and democracy in the ECJ legal order”, in *European Law Review*, London, Sweet & Maxwell, n°9, 2009, pp. 103-126 sul noto caso CGUE, 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell’Unione europea, Commissione delle Comunità europee, Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, in *Racc.* 2008, p. I-6351 e segg

⁸⁷³ F. KAUFF-GAZIN, *op. cit.*, p. 4

⁸⁷⁴ Si veda D. BIGO, “Les relations entre services de renseignements, services de police judiciaire et les magistrats (juges d’instruction, procureurs, juges du siège) en Europe”, in *Challenge liberty and security*, 3 marzo 2007

⁸⁷⁵ Si veda per un approfondimento F. GEYER, “Taking Stock: Databases and Systems of Information Exchange in the Area of Freedom, Security and Justice”, *op. cit.*, pp. 4-5

⁸⁷⁶ CGUE, 26 ottobre 2010, causa C-482/08, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Consiglio dell’Unione europea*, non ancora pubblicata in *Rac.*

⁸⁷⁷ Conclusioni dell’Avvocato Generale Mengozzi del 24 giugno 2010, causa C-482/08, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Consiglio dell’Unione europea*, non ancora pubblicata in *Rac.*, punto 88

programma dell'Aja⁸⁷⁸ del 2004 –il secondo programma pluriennale per il rafforzamento dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia- è infatti caratterizzato dall'introduzione del principio di disponibilità⁸⁷⁹, che richiama proprio la disponibilità allo scambio di informazioni. Il programma dell'Aja rappresenta di fatto il primo momento in cui, successivamente a Maastricht, la cooperazione di polizia conosce un qualche sviluppo degno di nota⁸⁸⁰.

Il controllo pervasivo operato tramite il reperimento minuzioso e la condivisione di informazioni, unitamente al proliferare di banche dati -sopra richiamate- contenenti sempre più e più precise informazioni è così divenuto, anche sulla scia dei provvedimenti adottati negli Stati Uniti a partire dal 2001, il principale mezzo per la lotta alla criminalità organizzata ed al terrorismo. A riprova di ciò, cinque mesi prima che la Commissione presentasse la proposta di decisione quadro preposta a dare attuazione al principio di disponibilità⁸⁸¹, sette Stati membri dell'UE – si tratta, non a caso dei primi cinque firmatari di Schengen ai quali si sono aggiunti Spagna e Austria - desiderosi di porre basi certe per l'instaurazione di una cooperazione di polizia più stretta ed efficace, hanno concluso il Trattato di Prüm⁸⁸². Questo applica di fatto il principio di disponibilità, limitatamente a settori "caldi" quali crimine transnazionale, terrorismo ed immigrazione illegale, agli Stati aderenti, mettendo in pratica quello che è stato definito il "principio di disponibilità ristretta"⁸⁸³, laddove la ristrettezza deriva dal campo di applicazione limitato agli Stati firmatari. Come già era avvenuto per l'*acquis* di Schengen, il Trattato di Prüm è stato ricompreso nel quadro normativo dell'Unione tramite decisione⁸⁸⁴, ma, a ben vedere, la situazione che ha portato a tale *demarche*, è differente da quella del suo predecessore e solleva interrogativi importanti in merito alla tutela dei diritti dei cittadini UE, nonché al rispetto dell'obbligo di leale cooperazione vigente fra gli Stati membri e l'Unione⁸⁸⁵. Infatti, mentre all'epoca dell'elaborazione di Schengen non esisteva nei Trattati alcuna base giuridica per agire in materia, la conclusione del Trattato di Prüm è avvenuta arbitrariamente al

⁸⁷⁸ Consiglio europeo, Programma dell'Aja, adottato in data 4-5 novembre 2004, GU C 53 del 3.3.2005

⁸⁷⁹ Secondo tale principio, la cui innovatività e messa in atto verranno meglio analizzate nel corso del capitolo, le informazioni di polizia dovrebbero essere messe direttamente a disposizione di tutti gli ufficiali appartenenti ad un servizio di contrasto al crimine

⁸⁸⁰ Ciò al contrario del settore della cooperazione giudiziaria in ambito penale

⁸⁸¹ Tale strumento verrà adottato nel 2006, Decisione quadro 2006/960/GAI del Consiglio del 18 dicembre 2006 relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni e intelligence tra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea incaricate dell'applicazione della legge, GU L 386 del 29.12.2006

⁸⁸² Come introdotto nel cap. 1 sezione 2, par. 1.2, Trattato di Prüm, Prüm, 27 maggio 2005

⁸⁸³ C. MORINI, *op. cit.*, p. 186

⁸⁸⁴ Decisione 2008/615/GAI del Consiglio del 23 giugno 2008 sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera, GU L 210 del 6.8.2008, le cui disposizioni sono completate dalla decisione 2008/616/GAI del Consiglio del 23 giugno 2008 relativa all'attuazione della decisione 2008/615/GAI sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera, GU L 210 del 6.8.2008. La contiguità tra i due casi è tale che spesso si fa riferimento al Trattato di Prüm come "Schengen III".

⁸⁸⁵ Art. 4 par. 3 TUE. Per un approfondimento C. MORINI, *op. cit.*, pp. 191-198

di fuori dei confini posti dai controlli democratici di Parlamento europeo e Corte di giustizia. Nel Trattato – e quindi nel *corpus* giuridico dell’Unione - si ritrova poi l’obbligo per i paesi di istituire banche dati contenenti informazioni sul DNA, aspetto che solleva, oltre ad interrogativi di profilo etico, forti preoccupazioni in merito al trattamento ed alla condivisione di tali dati, nonché al rispetto delle garanzie che conducono alla scelta di inserire i singoli individui in tali banche. Questo stesso problema si pone anche per il sistema SIS di seconda generazione (SIS II) che, divenuto operativo nell’aprile del 2013 in seguito a decisione⁸⁸⁶ adottata dal Consiglio nel 2007, si differenzia dal SIS I principalmente per l’inclusione nelle banche nazionali di foto, impronte digitali e, soprattutto, dati biometrici⁸⁸⁷.

Oltre all’opinabilità dell’effettività e l’efficacia –dipendente *in primis* dal livello fiducia reciproca presente tra le forze di polizia dei diversi paesi⁸⁸⁸- di un approccio basato sulla raccolta e condivisione di quante più informazioni possibile, esso solleva sicuramente, oltre alle preoccupazioni già richiamate in merito ad altri diritti e libertà, la questione del diritto alla privacy ed alla protezione dei dati personali. Non a caso, lo stesso programma dell’Aja faceva riferimento, nel momento in cui richiamava gli Stati all’attuazione del principio di disponibilità, alla necessità di rispettare una serie di condizioni proprio attinenti alla salvaguardia dei dati personali.

1.2. Gli strumenti di cooperazione operativa

La cooperazione di polizia ha avuto i suoi momenti di maggiore sviluppo a cavallo tra gli anni Ottanta e gli anni Novanta, e poi successivamente al 2001. Gli strumenti individuati in tali due finestre temporali non sono però numerosi e si concentrano in realtà per la maggior parte sugli aspetti di condivisione delle informazioni.

La cooperazione operativa è infatti sicuramente più difficile da realizzare. Le differenze in termini di poteri dei vari corpi delle autorità di contrasto alla criminalità nonché le diverse articolazioni delle stesse a seconda delle tradizioni statali rappresentano in questo frangente un ostacolo maggiore.

⁸⁸⁶ Decisione del Consiglio 2007/533/GAI del 12 giugno 2007, sull’istituzione, l’esercizio e l’uso del sistema d’informazione Schengen di seconda generazione (SIS II), GU L 205 del 7.8.2007

⁸⁸⁷ Sugli interrogativi che questo solleva, C. RIJKEN, “Rebalancing security and justice: protection of fundamental rights in police and judicial cooperation in criminal matters”, in *Common Market Law Review*, vol. 47, 2010, pp. 1464-1465; E. BROUWER, “The other side of the moon. The Schengen Information System and Human Rights: a Task for National Courts”, in *CEPS working document*, aprile 2008, pp. 2-5; G. DE KERCHOVE, “Brèves réflexions sur la coopération policière au sein de l’Union européenne”, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n°3, 2004, p. 3. Sullo sviluppo degli Accordi di Schengen si veda S. DE BIOLLEY, “Le développement historique du droit pénal de l’Union Européenne. Les débuts: acquis de Schengen”, in *Revue internationale de droit pénal*, 2006, pp. 23-38

⁸⁸⁸ Che, come si vedrà in seguito, rappresenta uno dei maggiori problemi della cooperazione di polizia, al punto da minarne l’efficacia

Europol, come detto, non si caratterizza per la sua attività sul campo, nel senso che non esiste un corpo di polizia europeo, ma la recente decisione del Consiglio⁸⁸⁹ ha incrementato il ruolo propulsivo dell'Agenzia, prevedendo di fatto l'obbligo –che viene meno solamente a fronte di un rifiuto motivato- per le autorità nazionali di dar seguito o coordinare indagini penali su indicazione di questa⁸⁹⁰. E' poi previsto che ufficiali di Europol possano partecipare alle squadre investigative comuni (JIT⁸⁹¹), che vedono impegnate, su di uno stesso caso, forze di polizia di diversi Stati⁸⁹². Queste erano state inizialmente ricomprese all'interno della Convenzione dell'UE relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale⁸⁹³, ma la lentezza del processo di ratifica da parte degli Stati membri e l'urgenza determinata dall'impatto emotivo seguito agli attentati del 2001 hanno fatto sì che tale disposizione venisse stralciata e facesse oggetto di una decisione quadro a se stante⁸⁹⁴. A differenza di ciò che tale fretta potrebbe far pensare, lo strumento delle squadre investigative comuni rimane ad oggi poco utilizzato, in quanto ad esse si preferiscono le classiche cooperazioni bilaterali⁸⁹⁵. Ciò è principalmente dovuto all'appesantimento burocratico che l'instaurazione di una JIT comporta ed alla mancanza di familiarità con uno strumento dai meccanismi di funzionamento comunque complicati e di introduzione relativamente recente⁸⁹⁶. A tale fattore si aggiunge anche il fatto che ai membri “distaccati”⁸⁹⁷ non sono attribuiti poteri in modo chiaro, nel senso che il leader della squadra può loro attribuire poteri d'investigazione sul campo, ma non è specificato se questo si estenda fino alla possibilità di esercitare potere coercitivo⁸⁹⁸.

A dimostrazione di ciò, la stretta collaborazione instauratasi, ad esempio, tra autorità di polizia italiane e tedesche per la conduzione delle indagini in merito alla cosiddetta strage di Duisburg di

⁸⁸⁹ Decisione 2009/371/GAI; per un'analisi approfondita della decisione si vedano V. AMICI, *op. cit.* e R. GENSON e E. BUYSENS, “La transformation d'Europol en agence de l'Union européenne. Regards sur un nouveau cadre juridique”, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n° 525, 2009, pp. 83-87

⁸⁹⁰ Art. 7 della decisione 2009/371/GAI

⁸⁹¹ Joint Investigation Team

⁸⁹² Anche Eurojust può essere associato

⁸⁹³ Art. 13 della Convenzione europea del 29 maggio 2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, GU C197 del 12.07.2000

⁸⁹⁴ Decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni, GU L 162 del 20.06.2002. Inoltre, il Consiglio ha emesso una raccomandazione che prevede un modello di accordo per la creazione di una squadra investigativa comune, raccomandazione del Consiglio dell'8 maggio 2003 su un modello di accordo volto alla costituzione di una squadra investigativa comune, C 121 del 23.5.2003

⁸⁹⁵ Sul punto di veda N. LONG, *Implementation of the European Arrest Warrant and Joint Investigation Teams at EU and national level*, studio richiesto dalla Commissione LIBE del PE, Bruxelles, 2009, pp. 28-42

⁸⁹⁶ H. BRADY, “The EU and the fight against organised crime”, *CER working paper*, aprile 2007, p. 18

⁸⁹⁷ Ai sensi dell'art. 13 par. 4 della convenzione ed art. 1 par. 4 della decisione quadro si intendono con “membri distaccati” i membri della squadra non appartenenti allo Stato sul territorio del quale essa interviene

⁸⁹⁸ Si veda N. LONG, *Implementation of the European Arrest Warrant and Joint Investigation Teams at EU and national level*, *op. cit.*, p. 31

stampo 'ndranghetista del 2007⁸⁹⁹ non ha seguito alcuno schema sviluppato all'interno dell'Unione, ma la cooperazione si è fondata su rapporti bilaterali.

Coevo della Convenzione sopra citata è l'istituzione della task force dei capi di polizia (PCTF⁹⁰⁰). Si tratta di un gruppo di lavoro informale che si riunisce periodicamente per la pianificazione di operazioni di contrasto a reti di organizzazioni criminali con la collaborazione di Europol ed Interpol. Esso è stato lanciato all'indomani dell'adozione del programma di Tampere ma la prima azione sul campo è stata effettivamente realizzata solo nel 2005⁹⁰¹, fattore che, una volta di più, sottolinea come pure in presenza della ovvia necessità di cooperare, in questo ambito risulti particolarmente difficile realizzarla.

Si aggiungono alle possibilità sopra riportate quelle offerte dalla CAAS, che prevede la possibilità per gli agenti di polizia di proseguire sul territorio di altri Stati parte alla Convenzione le operazioni di sorveglianza ed inseguimento di individui nell'ambito di un'indagine⁹⁰². Le disposizioni relative specificano le condizioni alle quali le autorità preposte possono attivarsi in questo senso ed indicano con precisione per ogni Stato quale corpo sia effettivamente autorizzato, dando così indicazioni molto precise.

In tutti questi casi, i diritti a rischio di violazione sono quelli classicamente interessati dall'azione delle forze dell'ordine; si tratta del diritto alla vita ed all'integrità fisica, dell'*habeas corpus* insomma. Nonostante la scarsità di situazioni determinate dalla cooperazione in ambito europeo suscettibili di andare a ledere direttamente tali diritti – come si è visto, infatti, non esiste un corpo di polizia europeo –, ancora una volta l'attività di Europol può fornire materiale di riflessione. Questo è rintracciabile nell'attività dei suoi membri nel momento in cui partecipano, nel quadro delle squadre investigative comuni, ad attività operative; ad esempio, interrogatori condotti con individui sospettati possono fornire l'occasione, in caso di violazione dei diritti sopra riportati, per chiamare in causa anche staff di Europol. A questa possibilità si aggiunge quella determinata dall'attività di supporto operativo prestato da Europol agli Stati membri per le operazioni di contrasto - in particolare all'immigrazione illegale, che ha rappresentato la voce più significativa nel bilancio d'attività dell'Agenzia nel 2010⁹⁰³, ed al traffico di droga, il principale settore di intervento nel

⁸⁹⁹ Il 15 agosto 2007 nella cittadina tedesca di Duisburg sei persone di origine italiana riunitesi in una pizzeria -italiana anch'essa- per festeggiare un compleanno furono uccise nell'ambito di una faida tra due famiglie appartenenti alla 'ndrangheta. Le indagini che portarono all'arresto –e successivamente alla condanna- dei colpevoli furono condotte da una task force italo-tedesca

⁹⁰⁰ European Police Chiefs Task Force

⁹⁰¹ Si tratta dell'operazione denominata Callidus che, a leadership svedese, ha coinvolto un totale di nove Stati membri e ha condotto all'arresto di una rete di sfruttamento di pornografia minorile

⁹⁰² Rispettivamente articoli 40 e 41 della CAAS

⁹⁰³ Europol, Rapporto generale delle attività di Europol 2010, Aja, 2011, p. 25.

2011⁹⁰⁴.

Vi è poi un aspetto legato all'attività di polizia a livello europeo che si esplica non tanto nella cooperazione tra Stati membri, quanto piuttosto in quella che si avvicina ad essere una forma di polizia realmente europea. Si tratta di una disposizione del Trattato di Prüm⁹⁰⁵, il quale, all'art. 17, prevede l'introduzione su base volontaria da parte di ciascuna parte contraente di guardie armate a bordo dei voli di linea; i poteri di cui tali operatori della sicurezza dovrebbero essere titolari non sono esplicitati, ma il testo rimanda alle norme vigenti di diritto internazionale -specificando che esse sono applicabili fintanto che gli Stati di riferimento siano ad esse vincolate. Tale disposizione è stata però stralciata dal testo delle decisioni⁹⁰⁶ che hanno ricompreso il Trattato nel *corpus* normativo dell'Unione, e non dovrebbe perciò essere applicabile che agli Stati che (in un primo o in un secondo momento) hanno sottoscritto il Trattato stesso.

2. Gli strumenti dell'Unione per lo scambio di informazioni

Gli strumenti di cooperazione non operativa costituiscono l'aspetto di gran lunga principale della cooperazione di polizia, suddivisi –secondo una felice classificazione elaborata in dottrina⁹⁰⁷- in base al fatto che la condivisione delle informazioni sia diretta o indiretta (e quindi mediata).

Come anticipato, lo scambio di dati costituisce il cuore della cooperazione di polizia in seno all'Unione. Questo si è sviluppato principalmente attraverso la costituzione di una pletora di banche dati⁹⁰⁸ secondo modalità e logiche differenti ma parzialmente sovrapposte, accessibili ad autorità che non di rado risultano non essere dello stesso tipo⁹⁰⁹.

Nella prima e meno sviluppata forma di cooperazione lo scambio di dati rilevanti ai fini dell'attuazione della legge o di *intelligence* si realizzava solamente attraverso richiesta inoltrata tramite le autorità centrali dello Stato⁹¹⁰ od unità nazionali centralizzate, quindi comunque per via mediata. Questa è stata, con riferimento agli scambi tra autorità di contrasto alla criminalità dei paesi dell'Unione, quasi interamente sostituita dalla cooperazione immediata tra autorità competenti, quando non dalla fruibilità diretta delle informazioni, ma continua a sopravvivere in qualche forma: le unità nazionali di Europol, con gli ufficiali di collegamento – uno dei quali per

⁹⁰⁴ Europol, Rapporto generale delle attività di Europol 2011, Aja, 2012, p. 32

⁹⁰⁵ Trattato di Prüm, Prüm, 27 maggio 2005

⁹⁰⁶ Decisione 2008/615/GAI e decisione 2008/616/GAI di attuazione della stessa

⁹⁰⁷ C. RIJKEN, *op. cit.*, p. 1458

⁹⁰⁸ Come si vedrà queste sono, a seconda dei casi, di matrice nazionale ma accessibili ad autorità straniera, oppure direttamente sovranazionali

⁹⁰⁹ F. GEYER, *op. cit.*, p. 5

⁹¹⁰ Metodo in uso per lo scambio di informazioni con attori privati

ogni Stato membro ha l'obbligo di essere distaccato presso la struttura centrale di Europol all'Aja - rappresentano la formalizzazione, ancora esistente, di tale modalità di scambio.

La maggior parte degli scambi di informazioni avviene oggi per via diretta o ancora, in alcuni casi, i dati sono immediatamente fruibili da parte di tutte le autorità competenti dei diversi Stati dell'Unione. Non è però sempre chiaro quali entità siano ricomprese in tale espressione.

Prima di procedere alla presentazione dei mezzi di scambio, va segnalato come non esista a livello europeo una definizione di “informazione rilevante ai fini di attuazione della legge”⁹¹¹ - fattore che impatta su qualsiasi forma in cui la cooperazione si espliciti. Ancora una volta la lingua italiana⁹¹² non permette alcuna differenziazione tra questa e gli altri tipi di informazione, fattore che è invece parzialmente presente in francese, lingua nella quale oltre alla parola *information* esiste il termine *renseignement*. Anche quest'ultimo, in realtà, non è specifico per le informazioni rilevanti ai fini dell'attuazione della legge, ma comunque introduce una dimensione di segretezza nella raccolta delle stesse e presuppone quindi il fatto che ciò avvenga per far fronte ad un avversario o un nemico.

Fra tutti gli Stati europei, quello inglese presenta tradizionalmente l'impostazione di contrasto al crimine più dissimile dagli altri, ed invece più vicino al modello statunitense -in particolare posteriormente agli attentati terroristici- improntato all'azione di *intelligence*, più che di indagine sul campo. Proprio questo approccio è stato assunto quale modello strategico dell'UE per le indagini in ambito di criminalità organizzata, tramite il “modello europeo di *intelligence* criminale”⁹¹³. Questo, che tiene come punto fermo, per l'appunto, l'attività di *intelligence* (e, nella fattispecie sulla pianificazione di indagini transnazionali sfruttando la migliore *intelligence* disponibile) – la cosiddetta *intelligence-led policing* – si è sviluppata in relazione alla centralità assunta dalle banche dati e dall'introduzione delle pratiche di *profilage* alle quali si è già fatto riferimento⁹¹⁴. Tale approccio si basa sull'introduzione di controlli su ampia scala e si caratterizza per metodi di attuazione piuttosto arbitrari – i quali, come introdotto precedentemente, generano grossi interrogativi in merito alla compatibilità degli stessi con i diritti fondamentali. Non è invece previsto quel tipo di indagini mirate e volte alla ricerca dei percorsi di criminalità che invece meglio si adatta alle caratteristiche della criminalità organizzata e quindi ad un'efficace azione di contrasto della stessa.

⁹¹¹ D. BIGO, “Les relations entre services de renseignements, services de police judiciaire et les magistrats (juges d'instruction, procureurs, juges du siège) en Europe”, *cit.*, p. 2

⁹¹² Come già avveniva per il termine “sicurezza”, si veda capitolo 1, sezione 2, paragrafo 2.1.

⁹¹³ European criminal intelligence model (ECIM), sul quale i ministri degli interni dell'Unione si sono accordati nel 2005, si veda sull'argomento H. BRADY, “Europol and the European Criminal Intelligence Model: A Non-state Response to organized crime”, in *Policing*, 2008, pp. 103-109

⁹¹⁴ D. BIGO, “Les relations entre services de renseignements, services de police judiciaire et les magistrats (juges d'instruction, procureurs, juges du siège) en Europe”, *cit.*, p. 3

Forse frutto di considerazioni simili sono alcune recenti scelte che vanno parzialmente in una direzione diversa. Facendo seguito alla precitata risoluzione sulla criminalità organizzata nell'UE⁹¹⁵ presentata dall'onorevole Alfano, è stata istituita all'interno del PE, sotto la Presidenza della stessa Alfano, la citata commissione speciale sulla criminalità organizzata, la corruzione ed il riciclaggio di denaro (CRIM). La Relazione⁹¹⁶ da essa prodotta elabora una strategia globale di lotta alla criminalità organizzata all'interno dell'Unione: ad una valutazione d'impatto del fenomeno criminoso vengono affiancate proposte di misure legislative alla cui formulazione è invitato a contribuire anche personale attivo sul campo. Un tale approccio sembra decisamente più consono a trattare un fenomeno a se stante quale quello della criminalità organizzata, e ricalca l'approccio italiano che, da tempo, ha identificato strutture e strategie di contrasto particolari⁹¹⁷. La storia del contrasto alle organizzazioni criminali in Italia ha mostrato infatti come queste siano assolutamente necessarie per un'azione proficua, la quale, non da ultimo, non si ferma ai confini nazionali ma è costitutivamente transnazionale⁹¹⁸.

2.1. Il principio di disponibilità e la decisione quadro sullo scambio di informazioni

Come già detto, centrale per lo sviluppo della cooperazione di polizia in ambito non operativo è stato il riconoscimento del principio di disponibilità. Il programma dell'Aja⁹¹⁹ del 2004 è stato infatti proprio caratterizzato dall'enunciazione del principio di disponibilità⁹²⁰ con riferimento allo

⁹¹⁵ Parlamento europeo, Risoluzione sulla criminalità organizzata nell'Unione europea, doc. 2010/2309(INI) del 25 ottobre 2011, si veda capitolo 1 sezione 2 paragrafo 2.1.

⁹¹⁶ Commissione CRIM del Parlamento europeo, "Criminalità organizzata, corruzione e riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere"(relazione finale), del 17 settembre 2013

⁹¹⁷ In particolare, con riferimento all'azione di polizia per il contrasto alla criminalità organizzata, in Italia è stata creata agli inizi degli anni Novanta una struttura apposita, chiamata Direzione investigativa antimafia (DIA), con sede centrale a Roma e centri operativi sparsi lungo la penisola (legge n° 410 del 30 dicembre 1991). Questi hanno il mandato di compiere investigazioni preventive nonché su impulso giudiziario in merito a delitti legati all'associazione mafiosa in modo da comprendere il funzionamento e le articolazioni, gli obiettivi e le modalità operative delle organizzazioni criminali. Particolare importanza viene attribuita al contrasto alle attività economico-finanziarie delle organizzazioni criminali -che rappresentano la linfa vitale delle stesse- ed ai ponti di attività che esse costruiscono in altri paesi. Tale genere di impostazione (alla quale si affianca una corrispondente struttura giudiziaria), ha visto la luce grazie, in particolare, proprio ad operatori del settore giudiziario, identificabili nel cosiddetto pool antimafia, composto da noti magistrati fortemente impegnati (Falcone, Borsellino, Caponnetto, Di Lello, Guarnotta) nonché, in un secondo momento, agenti di polizia (Cassarà, Montana). A loro, ed in particolare a Giovanni Falcone, si deve il metodo d'indagine tuttora impiegato nel campo, che prevede una forte attenzione all'aspetto patrimoniale, il carattere transnazionale delle indagini e l'utilizzo di collaboratori di giustizia.

⁹¹⁸ Si pensi alle indagini patrimoniali condotte, soprattutto negli Stati Uniti, ad opera di Giovanni Falcone

⁹¹⁹ Consiglio europeo, Programma dell'Aja, adottato in data 4-5 novembre 2004, GU C 53 del 3.3.2005

⁹²⁰ Secondo tale principio, la cui innovatività e messa in atto verranno meglio analizzate nel corso del capitolo, le informazioni di polizia dovrebbero essere messe direttamente a disposizione di tutti gli ufficiali appartenenti ad un servizio di contrasto al crimine

scambio di informazioni tra autorità incaricate dell'applicazione della legge, con l'obiettivo di realizzare una sorta di libera circolazione delle informazioni. Secondo tale principio, più innovativo di quanto potrebbe sembrare a prima vista, le informazioni di polizia dovrebbero essere messe direttamente a disposizione di tutti gli ufficiali appartenenti ai servizi di contrasto al crimine di un qualsiasi paese UE.

Anticipata dal Trattato di Prüm, la decisione quadro 2006/960/GAI⁹²¹ codifica tale principio individuando quale campo di applicazione tanto ciò che concerne la prevenzione del crimine, tanto le indagini che precedono all'azione giudiziaria⁹²². Per evitare che tale ampia area di impatto, le differenze tra i sistemi di polizia nonché i diversi rapporti e suddivisione dei compiti tra autorità di polizia e giudiziarie potessero di fatto condurre ad uno svuotamento dell'effetto utile dello strumento, viene esplicitato che tali differenze non debbano incidere sull'effettiva disponibilità delle informazioni. Ciò nel rispetto assoluto dell'organizzazione nazionale del contrasto al crimine⁹²³.

Da questo punto di vista sarebbe forse stato utile indicare quale base legale dell'atto anche l'ex art. 31 TUE⁹²⁴ (oltre all'ex art. 30 TUE⁹²⁵) in modo da includere le autorità giudiziarie fra quelle preposte all'applicazione del principio in esame. Ciò avrebbe però ulteriormente e significativamente innalzato la portata della misura, andando di fatto a disciplinare un ambito, quello della cooperazione giudiziaria, già oggetto di una ricca -benché caotica- regolamentazione⁹²⁶. Coerentemente con tale impostazione, la mancanza di autorizzazione da parte di un'autorità giudiziaria rappresenta una ragione di rifiuto alla trasmissione dell'informazione (od *intelligence*)⁹²⁷.

Oltre a quella appena evocata, la decisione quadro individua un elenco tassativo di ragioni di rifiuto⁹²⁸, differenziandosi in questo dalla decisione di incorporazione di Prüm sopra richiamata, che lascia invece l'individuazione del metodo di risoluzione alle norme di diritto internazionale vigenti. Ciò costituisce sicuramente un valore aggiunto di non poco conto e che, anzi, sostanzia il principio di disponibilità stesso rendendolo effettivo. Allo stesso tempo è vero che questo costituisce un traguardo minimo ed imprescindibile per uno strumento adottato nell'ambito del quadro giuridico

⁹²¹ Decisione quadro 2006/960/GAI del Consiglio, del 18 dicembre 2006, relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni e intelligence tra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea incaricate dell'applicazione della legge, L 386 del 29.12.2006; per un'analisi approfondita dell'iter che ha portato all'adozione dell'atto si veda S. CIAMPI, "Principio di disponibilità e protezione dei dati personali nel 'terzo pilastro' dell'Unione europea", in *Cooperazione informativa e giustizia penale nell'Unione europea*, Trieste, EUT - Edizioni Università di Trieste, 2009, pp. 56-64, 65-82, 88-97

⁹²² Considerando n° 4 della decisione quadro

⁹²³ Considerando n° 7 della decisione quadro

⁹²⁴ Sostituito ora dagli articoli 82-83 ed 85 TFUE

⁹²⁵ Oggi art. 87-88 TFUE

⁹²⁶ Si vedano i capitoli 2-3

⁹²⁷ Art. 10 par. 3 della decisione quadro 2006/960/GAI

⁹²⁸ *Ibidem*, art. 10

dell'Unione, che sarebbe altrimenti svuotato di ogni significato.

Al contrario, guardando al testo della decisione quadro, si può invece affermare facilmente come il legislatore dell'Unione sia piuttosto stato troppo prudente nel tracciare una linea comune europea, a partire dalle definizioni, che rimangono in realtà vaghe. Ciò è vero a partire dall'identificazione dell'oggetto di cui si occupa lo strumento stesso, ossia le informazioni. E' già stato segnalato che non esiste infatti a livello europeo una definizione condivisa circa le informazioni rilevanti ai fini di attuazione della legge e la decisione quadro non pone alcun rimedio alla lacuna. La spiegazione fornita non apporta infatti alcun chiarimento, in quanto si limita a riferirsi ad informazioni o dati detenuti o accessibili alle autorità competenti incaricate dell'applicazione della legge⁹²⁹, rivelandosi, di fatto, quasi tautologica.

Ancora, la decisione quadro fornisce anche una definizione della nozione di "autorità competente incaricate dell'applicazione della legge"⁹³⁰, lasciando però aperte, anche in questo caso, molteplici possibilità. Un restringimento del campo viene dall'esclusione dei cosiddetti "servizi segreti" ed, ancora, dall'introduzione dell'obbligo di comunicazione, da parte degli Stati al segretariato del Consiglio, dei corpi rientranti nella categoria in esame. Quest'ultima disposizione prevedeva che tale comunicazione dovesse avvenire entro il 18 dicembre 2007, ma, nonostante il richiamo effettuato dal segretariato nell'ottobre dello stesso anno⁹³¹, solo tre Stati⁹³² hanno risposto entro il termine. A maggio del 2008 ancora dieci su 27 non avevano effettuato alcuna comunicazione, ed andando a mettere a paragone le informazioni fornite dagli altri, il quadro risulta assai disomogeneo, con Repubblica Ceca e Lettonia unici casi ad indicare financo pubblici ministeri⁹³³.

La conseguenza è che non è chiaro a priori quali autorità possano trattare i dati e le informazioni, aspetto che ha ricadute significative. Si assiste infatti alla generazione di un doppio livello di incertezza. Da un lato una tale situazione permette di ampliare enormemente il raggio di informazioni raccolte, con il rischio di intrusione immotivata nella vita dei cittadini da parte dell'autorità; dall'altro, non essendo tali autorità definite in modo chiaro, diventa difficile rintracciare i percorsi effettuati dai dati raccolti ed evitare che vengano utilizzati in modo difforme da quanto previsto. Ciò è tanto più vero se si pensa che il primo strumento per la protezione dei dati personali trattati in ambito di cooperazione giudiziaria penale e di polizia è stato adottato solo due anni dopo la decisione quadro in esame ed inoltre, come si vedrà nel prosieguo, è assai debole. Nella decisione quadro, infatti, il richiamo è al quadro giuridico del Consiglio d'Europa⁹³⁴, che

⁹²⁹ *Ibidem*, Art. 2 lett. d

⁹³⁰ *Ibidem*, Art. 2 lett. a

⁹³¹ Consiglio, documento n° 14258/07 del 24 ottobre 2007

⁹³² Romania, Slovacchia e Regno Unito

⁹³³ Per una panoramica completa F. GEYER, *op. cit.*, annex 2

⁹³⁴ Art. 8 della decisione quadro 2006/960/GAI

dovrebbe costituire solo il livello minimo di salvaguardia, comunque non adatto ad una cooperazione più intensa come quella stabilita all'interno dell'Unione europea.

Una tale incertezza ha poi ovviamente ripercussioni anche sulla funzionalità della cooperazione: a seconda dei sistemi vigenti nei diversi Stati le autorità di polizia fanno capo a strutture dirigenziali differenti e conseguentemente sono loro attribuite anche mansioni parzialmente diverse. Ad esempio, in alcuni Stati gli agenti di polizia hanno poteri autonomi, mentre in altri sono legati all'autorità giudiziaria. Inoltre a seconda degli Stati possono esservi corpi diversi tutti atti all'esecuzione della legge ma impegnati su fronti diversi (se non addirittura, in casi limiti, di fatto quasi sovrapposti). Tali differenze portano inevitabilmente ad un abbassamento del livello di fiducia reciproca, condizione necessaria per stabilire una cooperazione efficace. Un primo tentativo, largamente insufficiente, nella direzione di porre rimedio a tali inconvenienti è stato fatto con l'istituzione dell'Accademia Europea di Polizia (CEPOL)⁹³⁵. A dispetto del nome, non si tratta di una vera e propria scuola di polizia comunitaria, ma può piuttosto essere meglio definita come una rete di cooperazione formata dagli istituti nazionali di formazione degli alti responsabili incaricati dell'applicazione della legge. Essa mira a sviluppare un approccio comune ai principali problemi in materia di prevenzione e di lotta alla criminalità, e contribuire quindi alla creazione di una cultura comune a livello europeo.

Un secondo problema legato alla condivisione di informazione è invece sussistente e più difficilmente contrastabile; esso attiene alla possibilità che le informazioni raccolte e poi diffuse in tutta l'Unione siano errate o che vengano fatte oggetto di abuso all'origine e che le ripercussioni aumentino con la successiva condivisione. Oltre alle problematiche attinenti alla tutela dei dati personali, della vita privata ed all'autodeterminazione informativa –che verranno ampiamente affrontati successivamente- vi è quella legata alla dimensione pubblicistica della correttezza del dato⁹³⁶. La diffusione di informazioni false ha infatti inevitabilmente ricadute negative su eventuali azioni di prevenzione o contrasto alla criminalità su di esse basate; a ciò si aggiunge sempre l'ipotesi che, nel caso di consultazione diretta di dati messi a disposizione on-line, essi, benché corretti vengano fraintesi producendo quindi lo stesso effetto che avrebbero dati falsi. Per tentare di ovviare a tali problemi, il programma dell'Aja adottato dal Consiglio europeo⁹³⁷ presentava un invito alla Commissione a prevedere nella proposta relativa all'attuazione del principio di disponibilità anche una serie di condizioni fondamentali volte alla tutela rigorosa dei dati oggetto di

⁹³⁵ Fondata tramite Decisione 2000/820/GAI del Consiglio, del 22 dicembre 2000, che istituisce l'Accademia europea di Polizia (AEP), GU L 336 del 30.12.2000 e poi abrogata dalla Decisione 2005/681/GAI del Consiglio, del 20 settembre 2005, che istituisce l'Accademia europea di polizia (CEPOL) e che abroga decisione 2000/820/GAI, GU L 256 del 1.10.2005

⁹³⁶ S. CIAMPI, *op. cit.*, pp. 43-44

⁹³⁷ Consiglio europeo, Programma dell'Aja, adottato in data 4-5 novembre 2004, GU C 53 del 3.3.2005

scambio ed a garanzie ferme sul loro utilizzo⁹³⁸. In questo modo il Consiglio europeo stabiliva esplicitamente un legame diretto tra l'attuazione del principio di disponibilità e la previsione di garanzie specifiche per la tutela dei dati trattati nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ma le seconde, lungi dal rappresentare un obiettivo in sé, venivano viste come funzionali alla cooperazione.

La condivisione di informazioni ed *intelligence* è poi toccato da un ultimo problema, legato, questo, alla volontà o mancanza di volontà delle autorità preposte dei diversi Stati. Ciò attiene alla ritrosia che caratterizza gli operatori di tutti i settori che hanno a che fare con il mantenimento della sicurezza a collaborare realmente⁹³⁹ ed, in questo caso, a diffondere le preziose informazioni di cui sono in possesso. Uno dei fattori che più alimentano tale tendenza – e soprattutto che la giustificano nel discorso pubblico – è la mancanza di garanzie sicure circa il trattamento che di tali dati sensibili può essere fatto una volta che siano stati trasmessi. Fissare condizioni che garantiscano la protezione e la salvaguardia dei dati diventa quindi condizione imprescindibile per il buon funzionamento di qualsivoglia strumento di cooperazione in materia. Queste rappresentano infatti il tramite principale attraverso il quale sviluppare quell'affidamento reciproco che possa contrastare tanto la retorica quanto l'esitazione a collaborare.

2.2. Il sistema di banche dati

L'aspetto più sviluppato della cooperazione di polizia a livello dell'Unione si esplica senza alcun dubbio nel sistema delle banche dati, anche queste di origine extra-Unione e poi fatte rientrare dentro il relativo quadro giuridico.

Il primo e più rilevante mezzo di scambio diretto di informazioni è infatti indubbiamente il SIS⁹⁴⁰. Si tratta di un sistema che permette ai soggetti autorizzati di verificare, tramite una procedura di richiesta automatizzata, se una persona o un oggetto è segnalato all'interno del sistema centrale ed a quale titolo; il reperimento di informazioni supplementari avviene bilateralmente tramite il sistema SIRENE (Supplementary Information Request at the National Entry)⁹⁴¹. Nel sistema sono contenuti dati di persone ricercate, segnalate per la non ammissione all'interno dei confini dello spazio Schengen, chiamate a comparire davanti ad un tribunale penale, ma anche oggetti rubati, ricercati e

⁹³⁸ Cap. 2 degli Orientamenti specifici del Programma dell'Aja

⁹³⁹ Come ampiamente argomentato nel capitolo 1 sulla sicurezza

⁹⁴⁰ Istituito sulla base della CAAS, la quale, all'art. 39, prevede che le autorità di polizia degli Stati membri si assistano reciprocamente (e direttamente) allo scopo di prevenire ed individuare attività criminali

⁹⁴¹ Sistema *hit/no hit*. La rete degli uffici SIRENE, pur non essendo espressamente contemplata nella CAAS può essere comunque ricondotta –secondo alcune interpretazioni– all'art. 108 della stessa

sotto sorveglianza⁹⁴². L'accesso al sistema è stato recentemente esteso ad Europol ed Eurojust⁹⁴³ e, nel momento in cui il SIS II è entrato a regime, anche la natura dei dati è stata sensibilmente ampliata, con un aumento delle categorie nonché della specificità delle informazioni su di esse. Come già accennato⁹⁴⁴, foto, impronte digitali e, potenzialmente, informazioni biometriche rientrano infatti fra i dati messi a disposizione, anche se la decisione del Consiglio non specifica le caratteristiche di questi ultimi, prevedendo comunque uno studio preventivo della Commissione in materia e lasciando di fatto la scelta finale alle autorità nazionali competenti⁹⁴⁵. A questo punto la trasformazione del SIS in strumento d'indagine vero e proprio sembra inevitabile: più che un modo per scoprire se la persona oggetto della ricerca è già inserita nel sistema, questo diventerà una preziosa fonte di informazioni⁹⁴⁶.

Accanto al SIS si trovano poi il Sistema informatizzato Europol ed il Sistema Europol di archivi di analisi. Il primo funziona in modo molto simile al SIS: le unità nazionali Europol inseriscono i dati che sono rintracciabili e visionabili, tramite il sistema *hit/no hit* da parte delle stesse, degli ufficiali di collegamento Europol e dagli operatori di Europol autorizzati. Gli Stati che hanno procurato le informazioni restano comunque responsabili delle stesse ed hanno l'obbligo di aggiornarle e modificarle. Il Sistema di archivi di analisi è invece leggermente differente, in quanto le informazioni inserite in ogni file riguardano un obiettivo specifico ed identificato, e sono accessibili solamente a quegli Stati che hanno un particolare interesse ed hanno partecipato all'istituzione del file in questione. Quest'ultimo caso si distingue poi dai due precedenti perché le autorità di contrasto di tutti gli Stati coinvolti hanno accesso immediatamente alla totalità delle informazioni.

Regime "misto" vale per il sistema di banche dati previsto dalle decisioni 2008/615/GAI e 2008/616/GAI⁹⁴⁷, che traspongono le disposizioni del Trattato di Prüm nel quadro giuridico dell'Unione. Queste prevedono l'istituzione, in ogni Stato membro, di una rete di banche dati nazionali di profili DNA, impronte digitali e registri di immatricolazione di veicoli. I dati completi con riferimento all'ultimo tipo di banche dati è direttamente accessibile, on-line, a tutti i punti di contatto nazionali, mentre negli altri due casi, la procedura applicabile ricalca quella *hit/no hit*⁹⁴⁸. Vista la delicatezza dei contenuti trattati, la decisione rimanda però per le condizioni di

⁹⁴² È il caso di automobili

⁹⁴³ Tale accesso è stato reso possibile tramite la decisione 2005/211/GAI del Consiglio del 24 febbraio 2005 relativa all'introduzione di alcune nuove funzioni del Sistema d'informazione Schengen, anche nel quadro della lotta contro il terrorismo, GU L 68/44 del 15.3.2005

⁹⁴⁴ Sezione 1, paragrafo 1.

⁹⁴⁵ Art. 22 lett. c della decisione 2007/533/GAI, GU L 205 del 7.8.2007

⁹⁴⁶ G. DE KERCHOVE, "Brèves réflexions sur la coopération policière au sein de l'Union européenne", in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n°3, 2004, p. 556

⁹⁴⁷ Rispettivamente decisione 2008/615/GAI e decisione 2008/616/GAI relativa all'attuazione della prima

⁹⁴⁸ Per un aggiornamento sul livello di implementazione da parte degli Stati membri delle disposizioni delle due decisioni si veda Council of the European Union, doc. 5086/1/12 del 2.3.2012

condivisione totale degli stessi alle legislazioni nazionali⁹⁴⁹. Tale disposizione (che, tra l'altro, può costituire una barriera significativa allo scambio delle informazioni) vede quale principale ragione di esistenza la preoccupazione circa la salvaguardia dei diritti dei singoli e, di conseguenza, non ve ne sarebbe necessità se garanzie sufficientemente chiare e precise fossero previste a livello dell'Unione⁹⁵⁰.

Inoltre le decisioni prevedono una stretta cooperazione tra le forze di polizia nazionali per la prevenzione dei reati terroristici, attraverso la trasmissione di informazioni attraverso i punti nazionali all'uopo individuati⁹⁵¹.

La memorizzazione dei dati comporta ulteriori pericoli per la tutela dei diritti della persona che, in mancanza di accorgimenti *ad hoc* previsti per il trattamento dei primi, rischiano di essere violati. I diritti in pericolo possono essere ricompresi all'interno della più generale categoria del diritto alla protezione dei dati personali, ma la loro definizione è stata affinata nel tempo, tanto da prevedere oggi menzione specifica all'interno degli strumenti normativi interessati. Legati alla memorizzazione stessa sono il diritto all'informazione, all'accesso ai dati stessi, all'autodeterminazione informativa ed alla cancellazione. Il primo concerne il diritto delle persone interessate ad essere messe a conoscenza del fatto che i loro dati vengono raccolti e memorizzati; il secondo si riferisce al diritto a conoscere quali dati siano stati trasmessi e ad avere un qualche tipo di informazione sui destinatari; il terzo si esplica nel diritto a modificare tali dati nel caso siano sbagliati o intervengano cambiamenti, mentre l'ultimo, rinominato anche "diritto all'oblio", consiste nel diritto a far sì che i dati non vengano trattenuti oltre l'indispensabile, e comunque non oltre il termine fissato per legge e, dopo tale data, cancellati.

A questi, si aggiunge il rischio di violazione di altri due diritti fondamentali - questi assolutamente autonomi e formalmente indipendenti.

Il primo è il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva (anche "diritto a compensazione"⁹⁵²) ed attiene ai casi in cui i dati siano stati raccolti senza rispettare gli obblighi sopra citati nel momento della raccolta come della conservazione, all'eventualità che ne sia stato fatto un trattamento illegale o per qualunque danno che il trattamento possa aver causato. Tale diritto, riconosciuto, in via generale, all'art. 19 TUE ed all'art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali - nonché caposaldo del diritto dell'Unione - è stato rafforzato dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona,

⁹⁴⁹ Rispettivamente, art. 9-10 della decisione 2008/615/GAI in riferimento alla trasmissione dei dati legati alle impronte digitali, ed art. 5 della decisione in riferimento alla trasmissione dei dati legati ai profili DNA

⁹⁵⁰ C. RIJKEN, *op. cit.*, p. 1468

⁹⁵¹ Art. 16 della decisione 2008/615/GAI

⁹⁵² In particolare, come si vedrà in seguito, viene chiamato così all'art. 19 della Decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, GU L350 del 30.12.2008

che, estendendo la competenza della Corte anche alle materie di cooperazione di polizia e giudiziaria in ambito penale⁹⁵³, ha reso possibile, ove adeguato, un ricorso diretto. Ciò è particolarmente importante in riferimento all'attività delle Agenzie dell'Unione attive nel campo, nei confronti delle quali permangono però due maggiori problemi, che complicano il ricorso immediato; da un lato il fatto che le stesse lavorano evitando perlopiù il contatto diretto con gli individui, e, dall'altro, che vi è una moltitudine di attori impegnata nelle attività, fattori che complicano la possibilità di presentare un ricorso⁹⁵⁴. Questi si sommano alle difficoltà tipiche incontrate dai singoli per presentare il ricorso per annullamento, nonché per responsabilità extra-contrattuale dell'Unione (ai quali può eventualmente seguire quello per risarcimento danni).

La Corte di giustizia ha però già mostrato in passato, ancora prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che ha ufficialmente introdotto tale opportunità, la sua propensione a ritenere atti di Agenzie dell'Unione direttamente impugnabili in un ricorso per annullamento; il riferimento è al caso *Solgema*, in occasione del quale il Tribunale aveva motivato la sua scelta sostenendo che non era ammissibile che tali atti, suscettibili di produrre effetto nei confronti di terzi, rimanessero esclusi da ogni controllo giurisdizionale⁹⁵⁵. Inoltre il Parlamento europeo, storicamente attento alla salvaguardia dei diritti fondamentali, potrebbe utilizzare strategicamente il suo status di ricorrente privilegiato e proporre esso stesso ricorso per annullamento nei confronti di quegli atti che rischiano di ledere i diritti fondamentali⁹⁵⁶. Infine, l'aumento dell'attività direttamente operativa delle Agenzie che caratterizzano la cooperazione di polizia rappresenta uno sviluppo atto a favorire i ricorsi da parte dei singoli.

Non minori sono poi i rischi di violazione, tramite l'utilizzo di dati, del diritto alla non discriminazione – altro istituto cardine del diritto dell'Unione. Tale diritto, espresso a tutto tondo all'art. 21 della Carta, è indicato anche tra i principi fondanti dell'Unione⁹⁵⁷, circostanza che gli attribuisce un considerevole peso, generando una tensione crescente nel confronto con le esigenze legate alla sicurezza. Si assiste infatti all'incremento costante della raccolta di dati cosiddetti “sensibili”: a partire dalle disposizioni Prüm, passando per il SIS II, per giungere ai possibili effetti

⁹⁵³ Benchè con le limitazioni già esplicitate

⁹⁵⁴ Per un approfondimento si veda S. CARRERA, E. GUILD, L. DEN HERTOEG e J. PARKIN, *Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies*, studio richiesto dalla Commissione LIBE del PE, Bruxelles, 2011, pp. 82-87

⁹⁵⁵ CGUE, 8 ottobre 2008, causa T-411/06, *Solgema c. EAR*, in Racc. 2008, p. 2771 e segg., punto 37

⁹⁵⁶ Tale opzione è stata suggerita anche in uno studio condotto proprio per il Parlamento europeo nel 2011, L. LAZARUS e altri, *The Evolution of Fundamental Rights Charters and Case law. A comparison of the United Nations, Council of Europe and European Union systems of human rights protection*, studio richiesto dalla Commissione AFCO del PE, Bruxelles, 2011, p. 82

⁹⁵⁷ Art. 2 TUE ; si è già fatto ampiamente riferimento a tale diritto nel capitolo 2, in merito al mandato d'arresto europeo, si veda sezione 1 paragrafo 2.3.2

dell'adozione della proposta avanzata d'istituire un PNR (Passenger Name Record) europeo⁹⁵⁸. Nei primi due casi i dati raccolti sono di tipo biometrico, e forniscono quindi informazioni che permettono, tramite il loro utilizzo, di mettere a rischio il diritto in esame; mentre nel terzo entrano in gioco anche componenti come la provenienza geografica, che può, unitamente al nome, determinare l'identificazione di alcune caratteristiche "sensibili". Infatti breve è il passo, nel momento in cui le informazioni vengono usate a fini di *intelligence*, che porta all'adozione di pratiche di "profilo preventivo"; vi è quindi il rischio, come è stato già affermato, che una tale mole di informazioni possa rappresentare per i servizi di polizia la fonte primaria per l'identificazione di profili di sospetti potenziali, costruiti sulla base di dati generici⁹⁵⁹ (attinenti, ad esempio, ad etnia, religione, fenotipo, provenienza o altro).

Vi è poi anche una libertà fondamentale propria dell'Unione che è potenzialmente messa a rischio dai provvedimenti adottati tramite l'utilizzo di informazioni memorizzate nelle banche dati europee, e si tratta della libertà di circolazione. Il sistema di segnalazione adoperato per il tramite del SIS I è infatti suscettibile di essere utilizzato a tal scopo. Esempificativo è il caso *Commissione c. Spagna*, nel quale la Corte ha affermato che il rifiuto automatico di ingresso ad un cittadino di un paese terzo sposato con un cittadino spagnolo solamente sulla base della segnalazione del primo nel sistema di allerta SIS costituisce una violazione della libertà di circolazione⁹⁶⁰.

Essendo i provvedimenti dell'Unione che concernono l'istituzione di tali ultime banche dati di recente adozione, e recentissima operatività – e lo stesso dicasi, come già riportato, per la competenza della Corte di giustizia in materia-, manca giurisprudenza della Corte dell'UE che possa mostrare quale bilanciamento venga effettivamente realizzato tra le esigenze contrastanti. In questo caso anche l'apporto della Corte EDU è carente, in ragione del fatto che molto recenti sono anche le legislazioni nazionali in materia⁹⁶¹. Generalmente queste ultime sono state chiamate in causa (con riferimento al nodo in esame) legando il diritto alla non discriminazione⁹⁶² a quello alla vita privata⁹⁶³, con prevalenza, come si vedrà nel caso *Marper* che verrà a breve analizzato, di

⁹⁵⁸ Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio COM(2011) 32 def., sull'uso dei dati del codice di prenotazione a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi, del 2.2.2011

⁹⁵⁹ G. DE KERCHOVE, "Brèves réflexions sur la coopération policière au sein de l'Union européenne", in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n°3, 2004, p. 557

⁹⁶⁰ CGUE, 31 gennaio 2006, causa C-503/03, *Commissione c. Spagna*, in Racc. 2006, pp. 1097 e segg., punto 59; il ragionamento condotto dalla Corte è quello che è stato presentato nel capitolo 1 e che attiene alla mancanza della verifica del fatto che l'individuo in questione rappresenti una "minaccia effettiva, attuale e abbastanza grave per un interesse fondamentale della collettività" e gli possa quindi venir vietato l'ingresso per ragioni di sicurezza od ordine pubblici

⁹⁶¹ Si pensi solo che in molti paesi le banche dati per la raccolta dei profili DNA

⁹⁶² Art. 14 CEDU

⁹⁶³ Art. 8 CEDU

quest'ultimo nell'argomentazione quanto nella decisione della Corte⁹⁶⁴.

La logica è però chiaramente riscontrabile, ad esempio, nell'attività di Europol. La neo-agenzia produce infatti annualmente il rapporto sulla valutazione della minaccia del crimine organizzato dell'Unione europea (OCTA – Organised Crime Threat Assessment), il quale è costruito ed organizzato secondo l'origine etnica o regionale dei differenti gruppi criminali analizzati.

Sezione 2. La protezione dei dati personali nell'Unione e le prospettive aperte dal Trattato di Lisbona

I profili di contrasto, almeno potenziale, emersi tra la cooperazione di polizia a livello dell'Unione europea e l'impegno, da parte della stessa, a salvaguardare diritti e libertà fondamentali sono molteplici. Pare quindi necessario ora comprendere l'evoluzione a livello europeo del diritto alla protezione dei dati personali. Tale diritto è infatti, con tutta evidenza, quello messo più a rischio da una cooperazione di polizia che si esplica quasi unicamente nello scambio di informazioni.

Non si tratta di un diritto classico appartenente al nucleo fondante dei diritti fondamentali ed emerge infatti solo in società più evolute.

All'interno del sistema dell'Unione, tale diritto ha visto formale riconoscimento ed intervento del legislatore europeo volto a garantirne il rispetto inizialmente solo in riferimento agli ambiti di ex primo pilastro, benché le necessità di disciplinare la materia anche negli altri settori di cooperazione sia evidente. Una decisione quadro in materia di ex terzo pilastro è giunta molto tardivamente e presenta, come si vedrà, notevoli lacune. In mancanza quindi di norme di riferimento l'evoluzione dei caratteri del diritto in esame possono essere seguiti attraverso la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che costituisce la base, in quanto standard minimo di protezione, di qualunque attività normativa dell'Unione.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il Trattato di Lisbona hanno poi consacrato il diritto alla protezione dei dati personali quale diritto fondamentale autonomo⁹⁶⁵, dando una nuova spinta all'intervento dell'Unione in materia.

⁹⁶⁴ Un altro precedente in materia è il caso Corte EDU, 7 dicembre 2006, causa 29514/05, *Van der Velden c. Paesi Bassi*. Si trattava del prelavamento di un campione cellulare di un condannato dalle quali veniva dedotto il profilo DNA, ma nel caso di specie la Corte aveva concluso che non sussisteva violazione del diritto alla non discriminazione in quanto tale trattamento era riservato a tutti coloro che avessero subito una condanna analoga a quella del ricorrente

⁹⁶⁵ Rispettivamente art. 8 della Carta ed art. 16 TFUE

1. La protezione dei dati personali nell'Unione

Lo strumento principe dell'Unione in materia di salvaguardia dei dati personali è sicuramente la direttiva 95/46/CE⁹⁶⁶, la quale però è stata adottata nel quadro della ex Comunità europea e sulla base dell'ex art. 95 TCE⁹⁶⁷, quindi con finalità circoscritte all'instaurazione ed al funzionamento del mercato interno. La stessa non è pertanto applicabile alle materie di cooperazione di polizia e di giustizia in ambito penale, ma ha sancito l'introduzione di due fattori che hanno notevolmente contribuito alla sensibilizzazione degli apparati tanto pubblici quanto privati: l'istituzione di un'autorità di controllo indipendente in materia per ognuno degli Stati membri⁹⁶⁸, e la costituzione di un gruppo di lavoro, denominato gruppo di lavoro "Articolo 29" dal numero dell'articolo della direttiva che vi fa riferimento. Esso, oltre a fungere da istanza di coordinamento delle autorità così istituite, viene consultato prima dell'adozione di qualsiasi norma relativa ed è altresì provvisto di potere di iniziativa autonoma per la formulazione di pareri e raccomandazioni⁹⁶⁹. Su questa scia, è seguita a breve distanza l'istituzione della figura del Garante europeo per la protezione dei dati personali⁹⁷⁰, sulla base dell'art. 286 TCE introdotto con il Trattato di Amsterdam. A tale organo di controllo indipendente della condotta delle istituzioni e degli organismi dell'Unione in materia, sfuggivano però, ancora una volta, gli ambiti della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, ma la necessità di prevedere uno strumento in questo senso è riconosciuta al considerando n° 17 del regolamento istitutivo. Tale opportunità si è realizzata solamente nel 2008, con l'adozione della decisione quadro 2008/977/GAI sulla protezione dei dati personali negli ambiti richiamati⁹⁷¹. Fino a quel momento si era preferito includere nei singoli strumenti di cooperazione disposizioni di tutela dei dati (contenute in capitoli dedicati), dando però luogo in questo modo ad una babele disomogenea di norme applicabili, con la conseguenza di dare origine a confusione nonché potenziali discriminazioni. Tale specificità e ristrettezza del campo di applicazione include anche i poteri attribuiti alle autorità di controllo comuni, istituite per Schengen ed Europol (oltre ad Eurojust).

Va però segnalato come la recente decisione Europol⁹⁷² abbia predisposto un robusto sistema di

⁹⁶⁶ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, GU L 281 del 23.11.1995

⁹⁶⁷ Attuale art. 114 TFUE

⁹⁶⁸ Art. 28 della direttiva

⁹⁶⁹ Art. 30 della direttiva

⁹⁷⁰ Tramite il regolamento (CE) 45/2001 del Parlamento e del Consiglio del 18 dicembre 2000, concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati, GU L 8 del 12.1.2001

⁹⁷¹ Decisione quadro 2008/977/GAI

⁹⁷² Decisione 2009/371/GAI

controllo e protezione dei dati⁹⁷³, fornendo disposizioni particolarmente dettagliate in materia⁹⁷⁴ tanto in riferimento ai diritti attribuiti ai singoli quanto al controllo sull'operato dell'Agenzia e lo stoccaggio dei dati. Essa ha anche istituito un responsabile della protezione dei dati⁹⁷⁵, con ruolo di vigilanza attiva sul trattamento dei dati all'interno di Europol, compresi quelli riferiti al personale⁹⁷⁶.

Il comune riferimento normativo per l'ambito della cooperazione di polizia, come per tutti gli strumenti relativi precedenti alla decisione quadro quanto a livello minimo di protezione, è stato a lungo esterno al quadro giuridico dell'Unione stessa; si tratta della convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei dati personali del 1981⁹⁷⁷ (qui di seguito "Convenzione n° 108") alla quale viene sempre affiancata la raccomandazione R(87) 15 del comitato dei ministri del 1987, in merito all'utilizzo dei dati nel settore di polizia⁹⁷⁸. Il riferimento a questi è presente tanto nella CAAS⁹⁷⁹, che contiene la base legale per la fondazione del SIS, quanto nella convenzione⁹⁸⁰ e poi nella decisione Europol⁹⁸¹, ed ancora nella decisione che ha incorporato il Trattato di Prüm nel quadro giuridico dell'Unione⁹⁸² e nella decisione quadro che ha dato attuazione al principio di disponibilità⁹⁸³.

Negli ultimi due casi, inoltre, si fa riferimento anche al protocollo⁹⁸⁴ dell'8 novembre 2001 addizionale alla Convenzione n° 108 concernente le autorità di controllo ed i flussi internazionali di dati e non è chiaro come non sia presente anche nella decisione Europol, che gli è temporalmente successiva.

In tale situazione è quindi evidente come fondamentale per l'applicazione del diritto in esame sia stata a lungo – e in parte sia tuttora - l'opera della Corte europea dei diritti dell'uomo, in qualità di interprete della CEDU e del diritto in esame in essa sancito, nonché della Convenzione richiamata.

⁹⁷³ La decisione quadro 2008/977/GAI non si applica ad Europol, ma al trasferimento di dati da parte degli Stati membri verso Europol

⁹⁷⁴ Come confermato da C. RIJKEN, *op. cit.*, p. 1467

⁹⁷⁵ Art. 28 della decisione 2009/371/GAI

⁹⁷⁶ Si veda V. AMICI, "Europol et la nouvelle décision du Conseil entre opportunités et contraintes", in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2010, pp. 90-91

⁹⁷⁷ Convenzione del Consiglio d'Europa n° 108 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, Strasburgo, 28 gennaio 1981

⁹⁷⁸ Raccomandazione agli Stati membri R(87) 15 del comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, 17 settembre 1987

⁹⁷⁹ Art. 115 della Convenzione di applicazione degli Accordi di Schengen, Schengen, 1990

⁹⁸⁰ Art. 14 dell'atto del Consiglio, del 26 luglio 1995, che stabilisce la convenzione basata sull'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea che istituisce un ufficio europeo di polizia (Convenzione Europol), GU C 316 del 27.11.1995

⁹⁸¹ Art. 27 della decisione 2009/371/GAI

⁹⁸² Art. 25 della decisione 2008/615/GAI

⁹⁸³ Art. 8 della decisione quadro 2006/960/GAI del Consiglio, del 18 dicembre 2006, relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni e intelligence tra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea incaricate dell'applicazione della legge, L 386 del 29.12.2006

⁹⁸⁴ Protocollo aggiuntivo alla Convenzione per la protezione delle persone in relazione all'elaborazione automatica dei dati a carattere personale concernente le autorità di controllo e i flussi internazionali di dati, Strasburgo, 8 novembre 2001

Verrà quindi presentata l'analisi della giurisprudenza relativa, seguita dalla presentazione critica della decisione quadro adottata nel quadro dell'Unione nel 2008.

1.1. L'apporto centrale della Corte europea dei diritti dell'uomo

Nella CEDU il diritto al rispetto della vita privata e quello alla protezione dei dati personali sono accorpati nell'art. 8 intitolato "Diritto al rispetto della vita privata e familiare", mentre nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE sono enunciati in due articoli diversi⁹⁸⁵, ed al secondo viene così attribuito un valore autonomo.

L'articolato della CEDU costituisce però ancora un riferimento utile in quanto rappresenta la principale fonte di sviluppo della giurisprudenza in materia, anche in ragione del fatto che prevede espressamente le condizioni alle quali tali diritti possono, eccezionalmente, subire limitazioni. Il secondo paragrafo dell'art. 8, infatti, ammette che possano esservi ingerenze da parte dell'autorità pubblica a due condizioni: che siano previste per legge e che, in una società democratica, siano "necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui". La condizione di necessità in una società democratica solleva un doppio interrogativo nel momento in cui deve esserne verificata l'esistenza: il primo in merito al concetto di "società democratica" ed il secondo in riferimento al significato da attribuire alla nozione di necessità. Nel contesto dell'Unione europea il primo punto è facilmente affrontabile in quanto la democrazia rientra tra i valori fondanti dell'Unione stessa⁹⁸⁶; di conseguenza l'appartenenza di uno Stato all'Unione dovrebbe essere garanzia del suo rispetto. Quanto invece alla verifica della condizione di necessità dell'invasione della sfera privata da parte del potere pubblico, essa risulta più difficile e abbisogna di uno strumento esterno. Questo è facilmente individuabile nel principio di proporzionalità, che, come è stato affermato, diventa quindi la chiave di volta di tutto l'edificio della protezione dei dati personali in Europa⁹⁸⁷. Tale principio e la sua applicazione sono - data la potenziale delicatezza dei dati raccolti e la finalità per la quale vengono poi utilizzati nell'ambito in esame - ancora più importanti nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Su questo, come sulla definizione dei confini del concetto di vita privata, e quindi, di conseguenza, di violazione della stessa, fondamentale è stato l'apporto della

⁹⁸⁵ Rispettivamente, art. 7 dedicato al rispetto della vita privata e familiare, ed art. 8 dedicato specificamente alla protezione dei dati di carattere personale

⁹⁸⁶ Art. 2 TUE

⁹⁸⁷ S. PEYROU-PISTOULEY, "L'affaire *Marper c. Royaume-Uni*, un arrêt fondateur pour la protection des données dans l'espace de liberté, sécurité, justice de l'Union européenne", in *Revue Française de Droit Administratif*, vol 25, n° 4, 2009, p. 742

Corte EDU. Ciò anche in virtù del fatto che nel quadro del Consiglio d'Europa è stata adottata nel 1981 la Convenzione europea sulla protezione dei dati personali⁹⁸⁸, che rappresenta il documento di riferimento per tutta la legislazione dell'Unione in materia⁹⁸⁹. La dimensione della protezione dei dati personali assume quindi una grande rilevanza all'interno del diritto al rispetto della vita privata come espresso dall'art. 8 della Convenzione. La centralità della CEDU in questo particolare ambito è stata anche espressamente riconosciuta dalla Corte di giustizia dell'UE nel caso *Österreich Rundfunk*⁹⁹⁰. Per tale ragione, ed in virtù del fatto che i contorni del diritto in esame sono stati da questa definiti, è utile riportare brevemente i principali apporti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Posto per via giurisprudenziale nel caso *Leander* che il fatto di memorizzare dati relativi alla vita privata di un individuo già prefigura un'ingerenza nella vita privata⁹⁹¹ e, successivamente, che il concetto di vita privata deve essere interpretato nella maniera più estensiva possibile⁹⁹², la Corte EDU ha individuato una serie di criteri da applicare per mantenere un bilanciamento tra i poteri delle autorità preposte alla raccolta dei dati ed i diritti degli individui. Tali criteri comprendono la limitazione dell'esercizio dei poteri di memorizzazione ed utilizzo delle informazioni, il diritto della persona in questione ad essere preventivamente informata del fatto che i suoi dati verranno memorizzati, una chiara definizione del tipo di informazioni che possono essere raccolte, della categoria di individui nei confronti dei quali possono essere adottate misure di sorveglianza e della finalità per le quali le informazioni possono essere utilizzate (principio di specialità o di finalità

⁹⁸⁸ Convenzione del Consiglio d'Europa n° 108 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, Strasburgo, 28 gennaio 1981

⁹⁸⁹ Come si vedrà nei paragrafi seguenti, infatti, la Convenzione del Consiglio d'Europa rappresenta, in termini di garanzia di rispetto del diritto in esame, la soglia minima, sia per la decisione quadro attualmente in vigore in materia di protezione dei dati personali nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziari in materia penale, che per la nuova proposta della Commissione

⁹⁹⁰ CGUE, 20 maggio 2003, cause riunite C-465/00, C-138/01 e C- 139/01, *Österreich Rundfunk*, in Racc. 2003, pp. I-4989 e segg.

⁹⁹¹ Corte EDU, 26 marzo 1987, causa 9248/81, *Leander c. Svezia*, par. 48; tale concetto è stato ribadito con precisione crescente relativamente alla conservazione dei dati nelle sentenze del 16 febbraio 2000, causa 27798/95, *Amann c. Svizzera*, par. 68-70 e del 4 maggio 2000, causa 28341/95, *Rotaru c. Romania*, par. 43-44. Inoltre, nel caso del 7 dicembre 2006, causa 29514/05, *Van der Velden c. Paesi Bassi*, punto 2 con riferimento al prelievo ed alla conservazione sistematica di campioni cellulari, la Corte EDU ha affermato che questi costituiscono una misura sufficientemente intrusiva da rappresentare una violazione dell'art. 8 CEDU; tale presa di posizione viene sostanziata dalla Corte con il riferimento al rischio riguardo l'utilizzo che delle informazioni raccolte può essere fatto nel futuro, andando così a prefigurare il rischio di violazione del principio di finalità

⁹⁹² Nella varie sentenze, essa è giunta a comprendere l'integrità fisica e morale (Corte EDU, 29 aprile 2002, causa 2346/02, *Pretty c. Regno Unito*, par. 61), l'identità fisica e sociale (Corte EDU, 7 febbraio 2002, causa 53176/99, *Mikulic c. Croazia*, par. 53), quella sessuale, l'identificazione di genere, la vita sessuale (Corte EDU, causa 44599/98, *Bensaid c. Regno Unito*, par. 58) le informazioni relative alla salute (Corte EDU, 25 febbraio 1997, causa 22009/93, *Z. c. Finlandia*, par. 95) il diritto allo sviluppo della persona e quello di instaurare e sviluppare relazioni con i simili e con il mondo esterno (Corte EDU, 22 febbraio 1994, causa 16213/90, *Burghartz c. Svizzera*, par. 24)

limitata)⁹⁹³.

Passando al controllo circa l'applicabilità delle deroghe all'osservanza del diritto in esame, la Corte EDU ha affermato nel caso *Sunday Times*, con riferimento alla verifica dell'esistenza di una base legale che permetta una compressione dello stesso, che essa non è autonomamente sufficiente, e deve essere accompagnata dalla verifica della sua accessibilità e prevedibilità da parte del singolo⁹⁹⁴. A ciò segue il giudizio più delicato, circa la "necessità" delle misure di compressione dei diritti, e quindi circa la proporzionalità delle stesse. Ancora una volta la Corte EDU ha fatto scuola, con la recente sentenza nel noto caso *Marper c. Regno Unito*⁹⁹⁵. In tale pronuncia essa ha infatti direttamente applicato il giudizio di proporzionalità in un caso in cui la conservazione di dati biometrici era prevista dalla legge britannica. Il giudizio indicato, andando in ultimo a verificare il rapporto tra l'adeguatezza dello scopo di una misura ed i mezzi utilizzati per il suo perseguimento si situa al centro di un controllo del margine nazionale d'apprezzamento⁹⁹⁶. La Corte EDU ha così affermato che il fine dello Stato di prevenire infrazioni penali non può legittimare la conservazione a tempo indeterminato di dati biometrici raccolti nel corso di indagini ed appartenenti a persone che, per giunta, non siano state fatte oggetto di alcuna sentenza di colpevolezza in tribunale⁹⁹⁷. Se infatti quello della lotta alla criminalità è un obiettivo di primaria importanza, questo può innalzare lievemente la soglia di "tollerabilità" in merito alla compressione dei diritti individuali, ma, per essere giustificata, l'ingerenza da parte delle autorità deve basarsi su elementi chiari ed incontestabili, e la proporzionalità del trattamento deve essere dimostrata.

E' quindi evidente che la protezione dei dati personali, oltre a trovarsi al centro del diritto alla vita privata, ne rappresenta l'espressione più suscettibile di essere violata, in ragione della facilità con cui ciò può avvenire grazie alla tecnologia e dell'attenzione che i dati stessi rivestono per i servizi di *intelligence*. Nonostante, come già detto, il diritto alla protezione dei dati personali abbia trovato riconoscimento quale diritto fondamentale autonomo a livello europeo solo con la Carta dei diritti dell'Unione, la definizione degli stessi è fornita all'art. 2 della richiamata Convenzione n° 108 del Consiglio d'Europa, secondo la quale l'espressione sta ad indicare "ogni informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile"⁹⁹⁸. All'interno di questa vasta categoria si può poi individuare quella dei "dati sensibili", ovvero quei dati che informano su origine razziale o etnica,

⁹⁹³ E. BROUWER, *Towards a European PNR system? Questions on the Added Value and the Protection of Fundamental Right*, studio richiesto dalla Commissione LIBE del PE, Bruxelles, 2009, p. 17

⁹⁹⁴ Corte EDU, 26 aprile 1979, causa 6538/74, *Sunday Times c. Regno Unito*, par. 49

⁹⁹⁵ Corte EDU, 4 dicembre 2008, causa 30562/04 e 30566/04, *S. e Marper c. Regno Unito*

⁹⁹⁶ F. SUDRE, J.-P. MARGENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENNOIRE e M. LEVINET, *Les grands arrêts de la cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009, p. 226

⁹⁹⁷ Per un commento approfondito alla sentenza si veda S. PEYROU-PISTOULEY, *op. cit.*

⁹⁹⁸ Art. 2 lett. a della Convenzione del Consiglio d'Europa n° 108 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, Strasburgo, 28 gennaio 1981

orientamento religioso, sessuale o politico, piuttosto che sindacale, o ancora sullo stato di salute. Nei confronti di questi dati -della loro raccolta e del loro trattamento- la valutazione circa le misure che possano risultare intrusive è necessariamente più severa in quanto la conoscenza di tali informazioni è suscettibile di generare molto facilmente la violazione di altri diritti fondamentali⁹⁹⁹. Un ulteriore fattore di minaccia per il diritto alla protezione dei dati personali emerge dalla possibilità che questi vengano trasmessi a paesi terzi, dove il livello di salvaguardia può non rispettare i parametri introdotti a livello dell'Unione. Infine, accanto alla raccolta e diffusione di dati, anche la durata della loro conservazione è un elemento importante per valutare della proporzionalità della misura oggetto d'esame (come risulta evidente dalla sentenza *Marper* sopra richiamata¹⁰⁰⁰).

1.2. La decisione quadro sulla protezione dei dati personali trattati nel quadro della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale

I principi contenuti nei testi elaborati in sede di Consiglio d'Europa hanno costituito anche il riferimento principe per l'elaborazione tanto della direttiva 95/46/CE quanto della decisione quadro 2008/977/GAI. La prima di queste presenta un articolato molto accurato e completo ed ha introdotto novità rilevanti in materia. In particolare, essa ha infatti previsto specifici e dettagliati diritti in capo al soggetto titolare dei dati¹⁰⁰¹ ed affermato il principio della necessità del consenso dello stesso al trattamento¹⁰⁰². Con riferimento ai principi cardine del trattamento dei dati, la direttiva prevede che gli stessi: vengano trattati in modo lecito (secondo provvedimenti di legge); siano raccolti per scopi determinati, espliciti e legittimi (in obbedienza al principio di limitazione della finalità); siano esatti e quindi, se necessario, aggiornati; siano pertinenti, completi e determinati per il fine per il quale vengono raccolti (attuando una minimalizzazione del trattamento).

Non altrettanto innovativa e particolareggiata è la decisione quadro¹⁰⁰³, come sostenuto anche dal Garante europeo per la protezione dei dati personali in una nota¹⁰⁰⁴ che ha seguito l'adozione della stessa la quale, in quanto applicabile in materia di cooperazione di polizia, interessa il presente

⁹⁹⁹ Primo fra tutti, come si è visto, il diritto alla non discriminazione.

¹⁰⁰⁰ Corte EDU, *S. e Marper c. Regno Unito*, cit.

¹⁰⁰¹ E non solamente, come previsto dalla Convenzione n° 108, dei principi da rispettare per la protezione dei dati

¹⁰⁰² Derogabile in particolari casi, si veda art. 7 della direttiva 95/46/CE

¹⁰⁰³ Spia di tale differenza si ritrova già nel confronto in merito alla lunghezza dell'articolato dei due atti

¹⁰⁰⁴ Press release, 28 novembre 2008, disponibile all'indirizzo:

www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/PressNews/Press/2008/EDPS-2008-11_DPDFD_EN.pdf

studio¹⁰⁰⁵.

La proposta di tale strumento risale al 2005 ed era stata avanzata dalla Commissione contemporaneamente a quella che diventerà la citata decisione quadro 2006/960/GAI sull'applicazione del principio di disponibilità; l'accoppiamento delle due proposte seguiva, secondo il programma dell'Aja, l'idea di sviluppare coerentemente l'ambito della cooperazione di polizia, facilitando lo scambio di informazioni e, al tempo stesso, introducendo norme europee in materia di salvaguardia dei dati personali, il primo diritto fondamentale messo a rischio dalla condivisione delle informazioni. L'iter di adozione delle decisione quadro 2008/997/GAI è stato lungo ed ha incontrato difficoltà dovute in parte delle diverse posizioni adottate internamente al Consiglio ma soprattutto per i forti attriti registratisi tra Consiglio e Parlamento su alcuni punti¹⁰⁰⁶. Ad una proposta ambiziosa della Commissione è infatti seguito un lavoro di limatura e riscrittura ad opera del Consiglio, ed in particolare del gruppo di lavoro multidisciplinare sulla criminalità organizzata. Il gruppo di lavoro del Consiglio, oltre ad aver rifiutato ogni coinvolgimento di esperti di protezione dei dati a livello europeo (i summenzionati gruppo di lavoro "Articolo 29" ed il Garante europeo per la protezione dei dati), ha pesantemente depauperato la proposta iniziale, introducendo, tra l'altro, plurime eccezioni ad ogni principio regolante la protezione dei dati¹⁰⁰⁷. Uno dei punti più controversi – se non il più controverso¹⁰⁰⁸ – è però sicuramente quello riguardante il campo d'applicazione. In questo sono inclusi gli scambi di informazioni tra Stati membri ma ne resta esclusa ogni forma di scambio intra-statale, fattore che sottrae al controllo una grandissima parte di scambi¹⁰⁰⁹; a questo si aggiunge l'esplicita dichiarazione che lo strumento "lascia impregiudicati gli interessi fondamentali della sicurezza nazionale e specifiche attività di informazione nel settore della sicurezza nazionale"¹⁰¹⁰. Il diverso trattamento al quale vengono sottoposti i dati che varcano e non varcano il confine oltre a mettere al riparo solo i primi da

¹⁰⁰⁵ La necessità di adottare in questo ambito uno strumento diverso deriva, secondo quanto esplicitato dalla Commissione nella relazione di accompagnamento alla proposta di decisione quadro COM(2005) 475 definitivo, non solo dall'impossibilità formale di estendere alle materia di ex terzo pilastro una misura adottata nell'ambito del primo, ma anche dalle disposizioni stesse della direttiva. L'art. 13 della stessa, che prevede deroghe all'applicabilità di alcune disposizioni per ragioni di applicazione della legge da parte dello Stato, avrebbe infatti l'effetto di svuotare la direttiva del suo effetto utile proprio in quest'ambito, che coincide con quello in esame

¹⁰⁰⁶ Per un'analisi approfondita del percorso che ha portato all'adozione della decisione quadro si veda S. CIAMPI, *op. cit.*, pp. 45-56, 64-75 e P. DE HERTA e V. PAPA-KONSTANTINOUC, "The data protection framework decision of 27 November 2008 regarding police and judicial cooperation in criminal matters – A modest achievement however not the improvement some have hoped for", in *Computer Law and Security Review*, n° 25, 2009, pp. 406-408

¹⁰⁰⁷ Queste verranno a breve analizzate nello specifico

¹⁰⁰⁸ Tale aspetto è stato al centro del dibattito ed ha visto perdurare due fazioni opposte internamente al Consiglio, fonte Statewatch, *Data protection proposal in a muddle – member states divided – three Council working parties discussing the draft measure*, 2006, accessibile all'indirizzo www.statewatch.org/news/2006/nov/02eu-dp-muddle.htm

¹⁰⁰⁹ Art. 1 par. 2 lett. a della decisione quadro 2008/977/GAI

¹⁰¹⁰ Art. 1 par. 4 della decisione quadro 2008/977/GAI

attentati alla loro protezione ed a determinare nuove discriminazioni, risulta anche chiaramente poco funzionale e pratico. Non è infatti necessariamente chiaro dall'inizio che una particolare informazione sarà utile, più oltre, all'autorità di un altro Stato, e, fino al momento in cui tale eventualità si verifica, il dato stesso può subire trattamenti che sfuggono completamente al regime introdotto dalla decisione quadro; a ciò si aggiungano le difficoltà tecniche e logistiche dell'applicazione di due complessi di norme differenti ad una stessa categoria di elementi¹⁰¹¹.

Accanto a questo, il Garante ha identificato altri tre punti critici: il primo concerne la mancanza di distinzione tra categorie di soggetti titolari dei dati e quindi di un più elevato livello di salvaguardia per i dati di soggetti particolarmente sensibili (come vittime e testimoni); il secondo riguarda la mancanza di disposizioni atte ad assicurare un adeguato livello di protezione per gli scambi con Stati terzi, e l'ultimo si riferisce alla mancanza di limitazioni per l'ulteriore utilizzo dei dati da parte delle autorità riceventi (elemento invece presente nella direttiva 95/46/CE¹⁰¹²).

Degno di nota è anche il fatto che manchi ogni tipo di suddivisione degli articoli (in capitoli o parti), fattore che rende sicuramente meno agile la leggibilità dell'atto, che comunque raggruppa i diritti dei singoli agli articoli dal 16 al 19. Il primo di essi è il diritto all'informazione della persona interessata, che viene però meno nel momento in cui lo Stato membro fornitore, conformemente alla propria legislazione, chieda a quello ricevente di esimersi. Segue il diritto di accesso, il quale non è però assoluto e vede infatti in capo agli Stati, la possibilità di prevedere limitazioni in una serie di casi elencati, benché si dica che queste devono tener conto degli interessi legittimi della persona interessata e essere necessarie e proporzionate. Si passa poi il diritto di rettifica, cancellazione o blocco, mediante un procedimento che lascia però agli Stati un considerevole margine circa le modalità e, ancora una volta, le limitazioni previste allo stesso. Da ultimo si incontra il diritto a compensazione il cui esercizio è regolato, ancora una volta, dalle disposizioni nazionali e riguarda la non conformità del trattamento o qualsiasi altro atto con le disposizioni nazionali adottate sulla base della stessa decisione quadro. L'impostazione sopra descritta lascia evidentemente un considerevole margine di manovra agli Stati, impedendo il raggiungimento dell'obiettivo di uno standard elevato e condiviso di protezione dei dati, ed inoltre, di conseguenza, impedendo l'instaurarsi di quella fiducia reciproca tra le autorità competenti, necessaria per una cooperazione efficace.

La decisione quadro prevede poi, all'articolo 6, un trattamento diverso, più attento, per "categorie

¹⁰¹¹ A livello nazionale il doppio regime può infatti determinare anche la necessità di istituire e gestire banche dati differenti, che presentino garanzie differenti in merito alla salvaguardia ed al trattamento dei dati

¹⁰¹² Press release, 28 novembre 2008, disponibile all'indirizzo:

www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/PressNews/Press/2008/EDPS-2008-11_DPDFD_EN.pdf

particolari di dati” - ovvero i dati cosiddetti sensibili e potenzialmente utilizzabili a fini discriminatori - ma, andando a leggere la disposizione, emerge subito come, ancora una volta, non vengano posti limiti precisi alla possibilità degli Stati di stabilire tale limite, a condizione che essi prevedano “adeguate garanzie” che non vengono in alcun modo specificate. Inoltre, benché vi sia un riferimento al fatto che il trattamento debba essere ritenuto necessario, manca ogni menzione di proporzionalità, fattore che avrebbe introdotto un’importante opportunità di controllo da parte della Corte di giustizia.

Con riferimento poi al trasferimento dei dati a paesi terzi (od organismi internazionali), l’articolo 13 prevede sì una verifica dell’esistenza di un adeguato livello di protezione, già di per sé arbitrario e difficile in assenza dell’indicazione di parametri limite di riferimento, ma lo limita -a differenza dell’auspicio espresso da parte del Garante europeo per la protezione dei dati personali nel parere sulla proposta di decisione quadro¹⁰¹³- al trasferimento di dati da parte delle autorità di uno Stato che li abbia a sua volta ricevuti, e non raccolti in prima battuta. Ancora, la decisione quadro lascia impregiudicata l’applicazione delle disposizioni particolari riguardanti la protezione dei dati previste per il SIS, Europol, Eurojust, il SID (Sistema Informativo Doganale) –questa volta conformemente al parere del Garante¹⁰¹⁴- e, perfino, la decisione di recepimento del Trattato di Prüm¹⁰¹⁵.

Infine va osservato come l’atto in esame non istituisca alcun gruppo di lavoro su modello del gruppo “articolo 29” introdotto dalle direttiva 95/46/CE.

La decisione quadro 2008/977/GAI sulla protezione dei dati personali nell’ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria penale¹⁰¹⁶ non pare quindi offrire le garanzie necessarie ad un’effettiva salvaguardia del diritto in esame. Tale considerazione, oltre che essere desumibile dall’analisi della stessa decisione quadro, emerge chiaramente nel confronto con la direttiva 95/46/CE¹⁰¹⁷-applicabile in materie di ex primo pilastro- che appare molto più precisa e garantista. Questo, nonostante la base giuridica dell’ultima fosse il ravvicinamento delle legislazioni in vista del completamento del mercato interno, e non quindi una disposizione che avesse la salvaguardia del diritto alla protezione dei dati quale obiettivo primario.

Il diverso livello di garanzia espresso dai due strumenti è poi tanto più rilevante per il fatto che la

¹⁰¹³ Garante europeo per la protezione dei dati personali, Terzo parere del garante europeo della protezione dei dati relativo alla proposta di decisione quadro del Consiglio sulla protezione dei dati personali trattati nell’ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, (2007/C 139/01), GU C 139 del 23.6.2007, punti 26-30

¹⁰¹⁴ *Ibidem*, punti 39-40

¹⁰¹⁵ Considerando n° 39 della decisione quadro 2008/977/GAI

¹⁰¹⁶ Decisione quadro 2008/977/GAI

¹⁰¹⁷ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, GU L 281 del 23.11.1995

manca di un'assicurazione sulla raccolta e sul trattamento dei dati può, nell'ambito della cooperazione di polizia, condurre alla violazione di altri diritti e libertà fondamentali, quali il diritto alla non discriminazione e la libertà di circolazione (come dimostrato dal caso *Commissione c. Spagna* del 2006¹⁰¹⁸). Ciò anche grazie al progresso tecnologico che, permettendo di conservare dati biometrici -e quindi particolarmente sensibili-, ha l'effetto di incrementare ulteriormente i rischi di violazione. Diventa a questo punto centrale il rispetto di tutte le forme in cui si esplica il diritto alla protezione dei dati, dal principio di finalità (in costante tensione con quello di disponibilità delle informazioni), al diritto all'informazione, alla correzione ed alla cancellazione e all'oblio. Accanto a questo, un altro punto critico della normativa europea, è rappresentato dall'individuazione delle autorità autorizzate a trattare i dati; questo rappresenta un aspetto essenziale, al fine di non perdere le tracce dei dati stessi e poter attuare un controllo reale.

2. Verso una riformulazione del rapporto tra diritto alla protezione dei dati personali e cooperazione di polizia? Le novità apportate dalla lisbonizzazione

Il Trattato di Lisbona ha introdotto in riferimento alla salvaguardia dei dati personali, novità di rilievo. Accanto all'attribuzione di valore giuridico vincolante alla Carta, essa ha infatti introdotto l'art. 16 nel TFUE tra i principi, dedicandolo proprio all'obiettivo di assicurare una protezione certa del diritto in esame. Questo, oltre ad essere un diritto fondamentale riconosciuto a tutti gli effetti, è quindi anche divenuto base giuridica per l'intervento dell'Unione in materia.

Allo stesso tempo, la soppressione della struttura in pilastri ha ricondotto la cooperazione di polizia sotto procedure decisionali e *modi operandi* tipici dell'ex primo pilastro, prefigurando anche la possibilità di un'azione più incisiva e, allo stesso tempo, di controlli democratici più stringenti.

In tale quadro, alla luce delle evidenti criticità presentate dalla disciplina relativa, la Commissione ha proposto un pacchetto di riforma sulla protezione dei dati personali, che avrebbe vocazione a costituire una significativa svolta in materia. Sembra però, come si vedrà, che le aspettative che ne discendono rischino di essere disattese, in quanto la proposta si articola, ancora una volta, in due strumenti distinti per le due aree: dati trattati in materia di cooperazione di polizia e giudiziaria penale, e dati trattati in tutti gli altri settori di esercizio delle competenze dell'Unione¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁸ CGUE, 31 gennaio 2006, causa C-503/03, *Commissione c. Spagna*, in Racc. 2006, p. I-1097 e segg.

¹⁰¹⁹ Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità COM(2012) 10 final competenti a fini di prevenzione, indagine,

Ancora, in riferimento ad un maggiore controllo in materia, è stato effettuato anche un richiamo nella Risoluzione del Parlamento europeo del 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro¹⁰²⁰ (elaborata dalla Commissione CRIM). Al punto 50 viene infatti affermata la necessità che la raccolta, la conservazione ed il trattamento dei dati raccolti rispettino il diritto alla protezione dei dati personali come sancito dalla CEDU, dalla Carta e disciplinato ulteriormente dal diritto secondario dell'Unione. Si richiama inoltre la necessità di raggiungere un grado superiore di responsabilità in materia di diritti “democratici e fondamentali” da parte di Eurojust ed Europol, palesando così un giudizio critico nei confronti dell'attività degli stessi.

Va inoltre sottolineato come proprio in merito al rispetto del diritto richiamato, un gruppo di eurodeputati appartenenti alla commissione CRIM abbia voluto esplicitare una preoccupazione, non condivisa dalla maggioranza. Il gruppo dei Verdi ha infatti dichiarato la propria opposizione all'istituzione di un sistema di dati relativo ai passeggeri aerei a livello dell'Unione, inserito tramite emendamento nella relazione. Tale misura rientra nel dibattito sviluppatosi negli ultimi anni proprio in merito all'uso di tali sistemi ed alle tensioni che questi inevitabilmente generano nei confronti del diritto alla protezione dei dati personali. La relazione finale non ha tenuto conto di tale istanza, ma il fatto che la proposta sia stata avanzata proprio internamente al Parlamento – tipicamente impegnato per lo sviluppo di un elevato standard di tutela dei diritti fondamentali – è un aspetto degno di nota.

2.1. Le prospettive aperte dal Trattato di Lisbona

Dal quadro giuridico fino ad ora presentato, in riferimento alla salvaguardia del diritto alla protezione dei dati personali ed ai rischi che la cooperazione di polizia può costituire in questo senso emerge un interrogativo più generale, suscettibile di rimettere in discussione l'impianto intero della cooperazione di polizia sviluppatasi nell'ambito dell'UE: non lede il principio stesso di disponibilità il diritto in esame?¹⁰²¹ La sua applicazione sembra infatti implicare costitutivamente la soppressione del principio di finalità dei dati che, raccolti con uno scopo, dovrebbero poter essere fruibili da tutte le autorità competenti dell'Unione per scopi – con elevata probabilità - ogni volta

accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, e la libera circolazione di tali dati del 25.01.2012; Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio COM(2012) 11 final concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati (regolamento generale sulla protezione dei dati) del 25.01.2012. Un'analisi critica della proposta verrà esposta nel prossimo paragrafo

¹⁰²⁰ Risoluzione del Parlamento europeo del 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere (relazione finale) (2013/2107(INI))

¹⁰²¹ Tale riflessione è stata proposta anche in S. PEYROU-PISTOULEY, *op. cit.*, 749

differenti. A questo proposito anche il Garante europeo della protezione dei dati¹⁰²², chiamato a presentare un parere in merito all'adozione della decisione quadro relativa allo scambio di informazioni secondo il principio di disponibilità¹⁰²³, aveva espresso preoccupazione sottolineando l'importanza di vigilare sul fatto che questa non andasse a prefigurare l'attuazione di un'interconnessione delle banche dati priva di qualunque controllo, e quindi potenzialmente altamente nociva all'obiettivo di limitare la finalità della trasmissione e del trattamento ulteriore dei dati¹⁰²⁴. E' evidente che una composizione coerente delle due esigenze legate l'una alla necessità della circolazione dei dati e l'altra alla salvaguardia del diritto alla protezione degli stessi è difficilmente raggiungibile e l'interrogativo rimane aperto. Come è emerso dall'analisi della normativa dell'Unione, tale difficoltà di ricomposizione è acuita dalla mancanza di un quadro coerente ed unitario per la salvaguardia del diritto alla protezione dei dati personali all'interno della stessa.

Il Trattato di Lisbona ha però, come preannunciato, introdotto novità di grande rilevanza da questo punto di vista. All'abolizione della struttura in pilastri si sommano altri tre importanti fattori: l'introduzione all'art. 16 TFUE del diritto soggettivo alla protezione dei dati personali, il conferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE di valore giuridico vincolante¹⁰²⁵ e la previsione dell'adesione dell'UE alla CEDU¹⁰²⁶. L'art. 16 TFUE poi, oltre a ribadire il diritto alla protezione dei dati personali, introduce una chiara base giuridica per l'adozione di norme di diritto secondario volte a salvaguardarlo. Tale novità si rivela di estrema importanza in quanto permette il passaggio ad un regime giuridico unico in materia, e quindi il superamento di della frattura tra ex primo e terzo pilastro.

Attraverso l'attribuzione di valore giuridico vincolante alla Carta -ed in particolare dell'art. 8 che inserisce a pieno titolo tra i diritti fondamentali quello in esame- e l'introduzione dell'articolo 16 TFUE, il diritto alla protezione dei dati personali è divenuto quindi, allo stesso tempo, un diritto fondamentale autonomo ed un obiettivo per l'Unione.

L'articolo 16 TFUE rimane però la grande novità, per almeno tre motivi, già individuati in dottrina¹⁰²⁷. La disposizione si articola in due paragrafi, il primo dei quali enuncia il diritto in esame

¹⁰²² Si veda in riferimento alla figura il paragrafo 2.4

¹⁰²³ Parere del garante europeo della protezione dei dati (GEPD) sulla proposta di Decisione quadro del Consiglio sullo scambio di informazioni in virtù del principio di disponibilità (COM (2005) 490 def.) GU C 116 del 17.05.2006

¹⁰²⁴ Punti 33 e 42 del parere

¹⁰²⁵ Essa prevede infatti rispettivamente agli articoli 7 ed 8 il diritto al rispetto della vita privata e familiare ed il diritto alla protezione dei dati personali

¹⁰²⁶ Art. 6 par. 2 TUE

¹⁰²⁷ B. CORTESE, "La protezione dei dati di carattere personale nel diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona", in *Il diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, n° 2, 2013, pp. 316-317

negli stessi termini usati all'art. 8 della Carta, mentre il secondo costituisce la base giuridica per l'adozione di norme di diritto secondario.

In riferimento al primo, consegue che, a differenza di quanto avveniva in precedenza con l'art. 286 TCE – che chiamava direttamente in causa l'azione di istituzioni e organi dell'Unione –, il Trattato obbliga oggi direttamente tutti i soggetti pubblici e privati al rispetto del diritto in esame. Anche la base giuridica risulta innovativa per la generalità della sua portata: spingendosi infatti oltre l'indicazione del diritto quale limite all'azione di Stati e istituzioni, fa dello stesso un obiettivo, prevedendo quindi un intervento attivo delle stesse istituzioni al fine di garantirlo. L'azione dell'Unione in materia può quindi giungere a prevalere fortemente su quella degli Stati membri, e non solo in riferimento alla libera circolazione dei dati, ma alla salvaguardia del diritto nel suo complesso. Ancora, aspetto centrale e fortemente innovativo, l'affermazione del diritto alla salvaguardia dei dati personali e l'identificazione dello stesso quale obiettivo dell'Unione dà luogo, in casi specifici di conflitto incompatibile tra i due interessi, al prevalere della salvaguardia del diritto in esame sulla libera circolazione dei dati. Infine, al secondo paragrafo è stata elevata a norma del Trattato una previsione precedentemente iscritta solo nel diritto derivato; si tratta del controllo operato da autorità indipendenti sull'applicazione, all'interno degli Stati membri, della disciplina relativa.

Prova dell'effettività del nuovo assetto giuridico fornito dal Trattato in materia di protezione dei dati personali viene da una recente sentenza della Corte. Questa è infatti stata investita – conseguentemente alla competenza dell'Unione - del ruolo di controllare, sulla base dei principi specificati all'art. 8 della Carta, che gli atti delle istituzioni siano espressione del giusto bilanciamento tra esigenze di salvaguardia dei dati ed obiettivi degli atti stessi. Nel caso *Schecke*¹⁰²⁸ il giudice di Lussemburgo è infatti giunto ad annullare parte di due regolamenti (afferenti alla politica agricola comune) sulla base del fatto che essi, imponendo una totale trasparenza in merito agli aiuti provenienti dai fondi europei, violavano il diritto alla protezione dei dati personali dei destinatari.

La Corte di Giustizia si è poi recentemente pronunciata su un di caso che ricorda molto la questione *Marper c. Regno Unito*¹⁰²⁹ sottoposta alla Corte europea dei diritti dell'uomo e sopra analizzata. Nella controversia alla base del rinvio pregiudiziale *Schwarz*¹⁰³⁰, un cittadino tedesco chiedeva di

¹⁰²⁸ CGUE, 9 novembre 2010, cause riunite C-92/09 e C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR e Hartmut Eifert c. Land Hessen*, in Rac. 2010, p. I-11063 e segg.; per un commento alla sentenza si veda I. ANDOULSI, « L'arrêt de la Cour du 9 novembre 2010 dans les affaires jointes Volker und Markus Schecke GBR et Hartmut Eifert contre Land d'Hessen (C-92/09 et C-93/09): une reconnaissance jurisprudentielle du droit fondamental à la protection des données personnelles? », in *Cahiers de droit européen*, n° 2, 2011 pp.471-522

¹⁰²⁹ Corte EDU, *S. e Marper c. Regno Unito*, cit.

¹⁰³⁰ CGUE, 17 ottobre 2013, causa C-291/12, *Michael Schwarz c. Stadt Bochum*, non ancora pubblicato in Racc.

poter ottenere il passaporto senza sottoporsi al prelevamento delle impronte digitali, come invece previsto dal regolamento 444/2009/CE che modifica il regolamento 2252/2004/CE. Il giudice dell'Unione ha quindi dovuto pronunciarsi sulla compatibilità delle disposizioni di diritto derivato con il diritto alla salvaguardia dei dati personali. L'art. 8 della Carta è stato preso quale parametro di riferimento e, posto che lo stesso viene ristretto dalle disposizioni in esame, la Corte ha applicato il test di proporzionalità. L'esito dello stesso è però contrario a quello del caso *Marper*, ed ha infatti sancito la validità del regolamento interessato. La misura causa di restrizione del diritto in esame è infatti giudicata idonea e necessaria al perseguimento dell'obiettivo di interesse generale dell'Unione identificato nella sicurezza alle frontiere esterne. Poiché non sono state individuate alternative altrettanto valide ed i dati biometrici sono conservati unicamente nel passaporto, la misura di intervento è stata giudicata proporzionata; i dati suddetti, in quanto non presenti in banche dati, non possono infatti essere trasmessi a terzi né utilizzati in altro modo.

L'approccio della Corte di giustizia appare quindi, nonostante l'esito opposto, coerente con quello della Corte di Strasburgo, anche in ragione del fatto che il regolamento contestato. Il ragionamento della Corte, riprendendo quello dell'Avvocato Generale, ricorda infatti che il regolamento contestato non prevede la conservazione dei dati che nel passaporto, di esclusivo possesso della persona. Viene inoltre richiamato¹⁰³¹ il considerando 5 del regolamento 444/2009/CE, che esclude un'interpretazione del regolamento stesso come idoneo a fornire una centralizzazione dei dati espressione delle impronte digitali o ad utilizzarli per una finalità diversa da quella dichiarata.

A ben vedere, però, manca il divieto esplicito rivolto agli Stati di agire in modo differente ed è quindi possibile che la Corte sia chiamata, in futuro, a dirimere controversie in materia. Sarebbe quindi opportuno che il legislatore europeo, forte della competenza attribuitagli dall'art. 16 TFUE, limitasse attivamente il margine di manovra statale.

Anche in materia di cooperazione di polizia il Trattato di Lisbona ha introdotto alcune novità, facilmente suscettibili, secondo quanto descritto in precedenza, di esacerbare le tensioni con la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali.

È stata ampliata la competenza dell'Unione in materia di tecniche investigative per l'individuazione di forme gravi di criminalità organizzata stabilendo che Consiglio e Parlamento possono, seguendo la procedura legislativa ordinaria, adottare misure in materia¹⁰³², mentre in precedenza il Trattato prevedeva solamente la valutazione comune¹⁰³³ di tali tecniche. Anche in riferimento alla cooperazione sul piano operativo, decisamente il più deficitario vista la piena sovranità degli Stati in materia di mantenimento della sicurezza interna, il Trattato di Lisbona compie un passo in avanti,

¹⁰³¹ CGUE, *Michael Schwarz c. Stadt Bochum*, cit., punto 61

¹⁰³² Art. 87 par. 2 TFUE

¹⁰³³ Ex art. 30 par. 1 lett. d) TUE

stabilendo la possibilità di adottare misure, e ciò anche in mancanza dell'unanimità che sarebbe di regola richiesta, tramite il metodo della cooperazione rafforzata¹⁰³⁴. In entrambi questi ambiti il controllo operato dal Parlamento dovrebbe poter evitare l'adozione di atti che pongono a rischio i diritti e le libertà individuali.

Inoltre, come detto, il mandato di Europol viene esteso dalla criminalità organizzata alla criminalità grave a carattere transfrontaliero¹⁰³⁵. Viene in questo modo a cadere l'onore della prova con riferimento all'implicazione di un'organizzazione strutturata¹⁰³⁶, e, al tempo stesso, tale svolta pare marcare il passaggio da un criterio di individuazione della tipologia di crimine basato sulle modalità di costituzione della criminalità stessa ad uno che prenda a riferimento il tipo di danno subito¹⁰³⁷.

Infine, tra le Disposizioni generali del titolo V¹⁰³⁸, di seguito alla costituzione del comitato permanente per la sicurezza interna¹⁰³⁹, si afferma che gli Stati membri hanno la facoltà di organizzare forme di cooperazione e di coordinamento tra i dipartimenti incaricati della difesa della sicurezza nazionale¹⁰⁴⁰. Il dettato del Trattato sottolinea però che tale fattispecie rimarrebbe comunque sotto la totale responsabilità degli Stati stessi, ribadendo l'esclusione di ogni azione autonoma dell'Unione; si tratta quindi di una disposizione particolarmente lasca e dal valore programmatico che, tuttavia, può fare da preludio ad un eventuale sviluppo successivo.

Come già anticipato nell'introduzione al presente capitolo¹⁰⁴¹, però, il Trattato di Lisbona ripropone un'applicazione a geometria variabile tanto in riferimento allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, quanto all'*acquis* di Schengen in particolare, perpetuando i regimi di *opting in* di Gran Bretagna, Irlanda e Danimarca. Inoltre, il nuovo Trattato inserisce, in questo senso, un elemento potenzialmente peggiorativo rispetto al passato nella misura in cui, entro sei mesi dal termine del periodo transitorio fissato a cinque anni¹⁰⁴², la Gran Bretagna può notificare che, con riferimento a tutti gli atti adottati in materia di cooperazione di polizia e giudiziaria penale, non accetta le nuove attribuzioni delle istituzioni dell'Unione, chiamandosi di fatto fuori anche da quelle misure alle quali aveva invece precedentemente aderito¹⁰⁴³.

¹⁰³⁴ L'art. 87 par. 3 TFUE rimanda, in caso di mancanza di unanimità, dapprima ad un meccanismo che si potrebbe chiamare di "cooperazione rafforzata semplificata", secondo l'espressione utilizzata da Landenburger in C. LANDERBURGER, "Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon", in *European Constitutional Law Review*, vol. 4, 2008, p. 33, e in caso di fallimento di questa, alle regole classiche della cooperazione rafforzata stessa

¹⁰³⁵ Art. 88 par. 1 TFUE

¹⁰³⁶ Resa particolarmente difficile dall'incertezza legata alla definizione del concetto di "organizzazione criminale"

¹⁰³⁷ V. AMICI, "Europol et la nouvelle décision du Conseil entre opportunités et contraintes", in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2010, p. 86

¹⁰³⁸ Quello dedicato, appunto, allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia

¹⁰³⁹ Art. 71 TFUE

¹⁰⁴⁰ Art. 72 TFUE

¹⁰⁴¹ Nonché nella premessa al primo capitolo

¹⁰⁴² Il periodo terminerà quindi il 30 novembre 2014

¹⁰⁴³ Art. 10 del Protocollo n° 36 sulle disposizioni transitorie, annesso al Trattato

2.2. Il pacchetto di riforma sulla protezione dei dati personali

In seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è venuta in rilievo l'opportunità di rimediare tanto alle criticità della decisione quadro quanto, allo stesso tempo, di costruire un sistema unico e coerente di protezione dei dati personali al livello dell'Unione. Come già esposto, alla base di tale possibilità sta da un lato la soppressione della struttura in pilastri, che elimina l'ostacolo formale, e, dall'altro, l'introduzione dell'articolo 16 TFUE. Questo esprime il diritto di ogni persona alla protezione di dati a carattere personale che la riguardano – diritto rafforzato dall'acquisizione di valore giuridico vincolante da parte della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione - e fornisce una chiara base giuridica per l'adozione di norme in materia. Una simile impostazione dimostra poi come la protezione dei dati, da misura che si potrebbe definire ancillare alla circolazione degli stessi, è divenuta un obiettivo primario dell'Unione, dotata di valore intrinseco.

La Commissione ha quindi lanciato nel novembre 2010 la strategia per il rafforzamento delle norme dell'Unione sulla protezione dei dati¹⁰⁴⁴, seguita da una consultazione pubblica (chiusasi a metà gennaio 2011) per la revisione della direttiva 95/46/CE sulla base della comunicazione del 4 novembre 2010¹⁰⁴⁵.

In seguito a ciò, il 25 gennaio 2012 la Commissione ha presentato un pacchetto di riforma della normativa in esame, il quale però, già al primo colpo d'occhio, si rivela deludente rispetto alle aspettative. Ancora una volta, infatti, vengono individuati due strumenti distinti, un regolamento¹⁰⁴⁶ ed una direttiva¹⁰⁴⁷, che prevedono - quasi come se i pilastri di fatto non fossero scomparsi - due regimi differenti. Un primo afferente allo scambio di informazioni che abbiano a che fare con l'applicazione della legge (quindi da parte di autorità di pubblica sicurezza) ed un secondo per tutte le altre fattispecie. Il perpetuarsi di questa situazione pone inoltre strumenti come il SIS in un limbo, dato dal fatto che esso tratta dati che ricadono in ambiti di ex primo come terzo pilastro. Ancora, la

¹⁰⁴⁴ Press release, 4 novembre 2010, IP/10/1462 accessibile all'indirizzo:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1462&format=HTML&aged=1&language=IT&guiLanguage=en> e MEMO/10/542 accessibile all'indirizzo:
<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/10/542&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr>

¹⁰⁴⁵ Commissione europea, COM(2010) 609 definitivo, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 4.11.2010

¹⁰⁴⁶ Commissione europea, COM(2012) 11 final, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati (regolamento generale sulla protezione dei dati) del 25.01.2012

¹⁰⁴⁷ Commissione europea, COM(2012) 10 final, proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, e la libera circolazione di tali dati del 25.01.2012

diversa natura dei due atti, oltre ad esplicitarsi in due standard di protezione differenti, prefigura condizioni diverse di impugnabilità da parte dei singoli.

Con riferimento specifico alla proposta di direttiva, che interessa direttamente il presente studio, una nota positiva è sicuramente data dal fatto che essa include nel campo di applicazione anche gli scambi intrastatali¹⁰⁴⁸, e quindi, se approvata, metterà fine almeno ad una delle principali debolezze della decisione quadro attualmente in vigore. Lo stesso non si può dire con riferimento all'esclusione dal campo di applicazione - che rimarrebbe anche nella direttiva - degli scambi realizzati nell'ambito di Europol, Eurojust ed altre agenzie dell'Unione¹⁰⁴⁹ (disposizione che, una volta di più, conferma la situazione di limbo del SIS, il quale, a differenza di quanto accade oggi nella decisione quadro, non viene menzionato).

Con riferimento poi al trasferimento di dati verso paesi terzi, la proposta copre anche il caso di trasferimento diretto dalle autorità dello Stato in cui i dati stessi siano stati raccolti, e prevede che tale trasferimento sia preceduto da una decisione di adeguatezza adottata dalla Commissione¹⁰⁵⁰ (conformemente a quanto previsto nella proposta di direttiva) circa il livello di salvaguardia dei dati presente nel paese che dovrebbe riceverli. Non è chiaro però cosa succederebbe nel caso di una decisione negativa da parte della Commissione, come espresso dal gruppo di lavoro "articolo 29" nel parere sul pacchetto di riforma¹⁰⁵¹. Lo stesso parere denuncia poi la mancanza di qualsivoglia indicazione circa limitazioni temporali alla memorizzazione dei dati o ancora in relazione a revisioni regolari della necessità di continuare a conservare informazioni precedentemente acquisite. Anche il parere del Garante europeo per la protezione dei dati personale appare decisamente critico nei confronti della proposta di direttiva, che, viene affermato, in molti casi si distanzia dalle disposizioni del regolamento senza una reale motivazione, introducendo elementi peggiorativi per la salvaguardia dei dati personali¹⁰⁵². In particolare, poi, il Garante lamenta: una mancanza di chiarezza circa il trattamento ulteriore di dati (e quindi un'applicazione non ortodossa del principio di finalità); la mancanza di un obbligo generale per le autorità incaricate dell'applicazione della legge di dimostrare attivamente di rispettare i principi di protezione dei dati; le deboli condizioni di verifica previste per il trasferimento dei dati verso paesi terzi e, per finire, un'immotivata limitazione dei poteri delle autorità di controllo.

In prospettiva, alcune delle debolezze individuate potrebbero trovare un soggetto propositivo nel

¹⁰⁴⁸ Art. 1 e 2 della proposta di direttiva COM(2012) 10 final

¹⁰⁴⁹ Considerando n° 15 della proposta di direttiva COM(2012) 10 final

¹⁰⁵⁰ Art. 34 della proposta di direttiva COM(2012) 10 final; va però aggiunto che, secondo l'art. successivo, l'art. 35, in caso della mancanza di una decisione della Commissione, la verifica di adeguatezza debba essere fatta dallo Stato che dovrebbe fornire le informazioni

¹⁰⁵¹ Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 01/2012 on the data protection reform proposals, 23.3.2012

¹⁰⁵² European Data Protection Supervisor, Opinion of the European Data Protection Supervisor on the data protection reform package, 7.3.2012

Parlamento che, divenuto pienamente colegislatore, potrebbe tentare di dare alla direttiva un contenuto maggiormente improntato ad elevati livelli di protezione dei dati, ma questo non potrà comunque ricomporre la frattura che ancora permane tra lo scambio di dati nel settore dell'applicazione della legge e tutti gli altri. Da questo punto di vista, infatti, la direttiva rimarrà comunque uno strumento che oltre ad essere, come già detto, più difficilmente impugnabile, lascia più libertà di manovra agli Stati membri, che possono quindi anche considerevolmente influire sull'effettivo grado di salvaguardia applicato al diritto in esame.

Le ricadute di questo aspetto sono molteplici e dalla protezione dei dati personali si allargano ad altri diritti fondamentali. Una bassa soglia di rispetto dei primi, infatti, può condurre in quest'ambito, tramite una raccolta ed un utilizzo non ortodosso di dati, ad una messa in pericolo del diritto alla non discriminazione¹⁰⁵³. L'unico modo per prevenire tale eventualità è l'adozione di garanzie comuni elevate ed un minor margine di discrezionalità in capo agli Stati (e quindi alle autorità nazionali competenti), esattamente uno degli aspetti criticati in merito alla misura in esame. A questo si lega anche, indirettamente, il rischio che la condivisione dei dati rappresenta per la libertà di circolazione. In questo caso la correlazione non è così diretta, ma comunque il fatto che taluni dati siano messi a disposizione permette il verificarsi della violazione. Come visto nel caso *Commissione c. Spagna*¹⁰⁵⁴, infatti, il fatto che alcuni nomi fossero presenti nel SIS aveva generato il divieto di ingresso a familiari di cittadini UE: il contrasto a tale tipo di eventualità è però da ricondurre all'obbligazione in capo agli Stati, prima di rifiutare l'ingresso ad una persona, di dimostrare che essa costituisce una minaccia effettiva e reale ai sensi per un interesse fondamentale della comunità sulla base delle argomentazioni esposte nel primo capitolo del presente studio¹⁰⁵⁵.

Passando poi alle misure di prevenzione e contrasto nei confronti di quegli strumenti di cooperazione di polizia che possono mettere a rischio la vita e l'integrità della persona, queste non sono proprie e specifiche dell'ambito in esame. E' vero però che dovrebbero esser previste disposizioni che sottopongano quelle figure che si trovano coinvolte in attività operative a norme uniformi, in modo, ancora una volta, da facilitare la creazione di una fiducia reciproca (condizione indispensabile per una cooperazione efficace), ma, soprattutto, da evitare che si creino zone grigie, pericolose per la salvaguardia dei diritti degli individui obiettivo delle operazioni di polizia. Per quanto riguarda in particolare Europol, la sua trasformazione in agenzia dell'Unione¹⁰⁵⁶ ha fatto sì che il Protocollo sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea¹⁰⁵⁷ si applichi anche al suo

¹⁰⁵³ Si veda sezione 1 paragrafo 2.2.

¹⁰⁵⁴ CGUE, 31 gennaio 2006, causa C-503/03, *Commissione c. Spagna*, in Racc. 2006, pp. 1097 e segg.

¹⁰⁵⁵ Si veda capitolo 1 sezione 1 paragrafi 2.1. e 2.2.

¹⁰⁵⁶ Avvenuta tramite la decisione 2009/371/GAI

¹⁰⁵⁷ Protocollo n° 7 annesso al Trattato di Lisbona

personale, ma non nel momento in cui esso agisca operativamente sul campo, quindi nel quadro, ad esempio, delle squadre investigative comuni¹⁰⁵⁸.

In conclusione, come visto, il pacchetto di riforma in materia presentato dalla Commissione nel gennaio 2012 continua a prevedere due strumenti differenti per le aree legate all'applicazione della legge (una direttiva¹⁰⁵⁹) e tutte le altre (un regolamento¹⁰⁶⁰), con chiare discrepanze in termini di garanzie a svantaggio della prima. Viene con ciò a cadere la possibilità di costruire un quadro unitario e coerente che garantisca uno standard di protezione elevato. A ciò si unisce poi il permanere della partecipazione a geometria variabile alle misure di cooperazione di polizia, in ragione dei regimi speciali di cui godono Regno Unito, Irlanda e Danimarca, fattore che complica ulteriormente lo scenario.

A ciò si aggiunga che finché continuerà a prevalere l'approccio statunitense che vede nei dati una fonte a completa disposizione dell'autorità, nonché lo strumento principale di contrasto alla criminalità, l'effetto sarà negativo: primariamente dal punto di vista del rispetto dei diritti, ma anche da quello della lotta alla criminalità organizzata. Il modello di indagine *intelligence-led* è infatti lontano da quello, elaborato ad esempio in Italia, mirato per il contrasto al fenomeno della criminalità organizzata. Per tornare poi agli aspetti legati alla salvaguardia dei diritti, se l'impostazione rimarrà quella che è prevalsa negli ultimi anni, questi continueranno ad essere ancillari rispetto all'imperativo della sicurezza, nonostante il ribaltamento di prospettiva che emergerebbe dal nuovo art. 16 TFUE.

La discussione sulla proposta di PNR europeo¹⁰⁶¹, nonché l'evoluzione del pacchetto di riforma in tema di protezione di dati personali rappresenteranno le due cartine tornasole per la verifica della direzione dell'Unione europea in materia nel prossimo futuro.

¹⁰⁵⁸ Grazie alla modifica del Regolamento (EURATOM, CECA, CEE) 549/69 del Consiglio del 25 marzo 1969 che stabilisce le categorie di funzionari ed agenti delle Comunità europee ai quali si applicano le disposizioni degli articoli 12, 13, secondo comma, e 14 del protocollo sui privilegi e sulle immunità delle Comunità, GU L 74 del 27.3.1969. Si veda sull'argomento R. GENSON e E. BUYSENS Erwin, *op. cit.*, p. 87

¹⁰⁵⁹ Commissione europea, COM(2012) 10 def., proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, e la libera circolazione di tali dati del 25.01.2012

¹⁰⁶⁰ Commissione europea, COM(2012) 11 def. Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati (regolamento generale sulla protezione dei dati) del 25.01.2012

¹⁰⁶¹ Commissione europea, COM(2011) 32 final Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'uso dei dati del codice di prenotazione a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi, del 2.2.2011

CAP 5 – IL DIRITTO ALLA PROPRIETA' PRIVATA E LA LOTTA ALLA CRIMINALITA'

E' ormai acclarato come l'evoluzione delle modalità d'azione e degli interessi delle organizzazioni criminali sia sempre più orientata verso le attività economiche. Questo tanto tramite traffici illeciti che attraverso la penetrazione del tessuto economico legale e quella che è stata definita economia di scala criminale¹⁰⁶². La libertà di circolazione delle persone, ma soprattutto delle merci e ancor più dei capitali ha quindi agevolato l'espansione delle attività criminali quanto la cooperazione tra le diverse organizzazioni malavitose locali. I confini nazionali ed i controlli rappresentano infatti un ostacolo a tali attività, che l'Unione europea ha largamente contribuito a rimuovere.

L'accumulo di capitali frutto di attività legate all'azione criminale è poi all'origine di un ulteriore crimine volto alla re-immissione degli stessi capitali sul mercato: il riciclaggio. Si tratta in questo caso di una fattispecie quasi intrinsecamente transnazionale, in quanto in principio molto più semplice è far sparire le tracce di proventi illeciti trasferendoli o facendoli transitare per altri paesi.

La crescente importanza del giro di affari legato in qualche modo alla criminalità e la sua natura oramai intrinsecamente transnazionale ha quindi richiesto una risposta parimenti coordinata – quando non, in taluni casi, unitaria- a livello dell'Unione.

Fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'azione dell'Unione in materia scontava però i limiti dell'esistenza dei pilastri e dell'assenza di una chiara e incontestata competenza dell'Unione in materia penale. Inoltre, con particolare riferimento alla regolamentazione del settore finanziario, la base giuridica per l'adozione degli strumenti rappresentava un problema di non facile soluzione. Mentre, infatti, la circolazione dei capitali era competenza della Comunità, e quindi soggetta al relativo regime giuridico, le procedure e la definizione di strumenti concernenti i capitali stessi ma che presentassero carattere penale dovevano essere ricercate nell'ex terzo pilastro.

Ciò ha determinato l'insorgenza di due ordini di problemi¹⁰⁶³.

Il primo attiene all'individuazione della base giuridica per una serie di strumenti *borderline*, con la conseguenza del rischio di incompletezza dovuta alla necessaria scelta nonché di contestazione della stessa. La questione è riconducibile, *mutatis mutandis*, al noto caso cosiddetto sui reati

¹⁰⁶² M. LEVI, M. INNES, P. REUTER and R. V. GUNDUR, *The Economic, Financial & Social Impacts of Organised Crime in the EU*, studio richiesto dalla Commissione CRIM del PE, Bruxelles, settembre 2013, p. 14

¹⁰⁶³ Tali dinamiche sono particolarmente evidenti nell'ambito della lotta al riciclaggio; si veda in riferimento all'aspetto richiamato V. MITSILEGAS and B. GILMORE, "The EU legislative framework against money laundering and terroristic finance: a critical analysis in the light of evolving global standards", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2007, vol. 56, pp. 135-139

ambientali¹⁰⁶⁴ sottoposto alla Corte di giustizia, che ha infatti alimentato il dibattito anche nel settore in esame.

Il secondo, che viene invece determinato dalla decisione di adottare due diversi strumenti per regolare diversi aspetti dello stesso problema, concerne l'alta probabilità che tra questi si verificano discrasie¹⁰⁶⁵ e, ben più importante e rilevante ai fini del presente studio, l'esposizione di un contesto simile a vuoti di protezione dei diritti e delle libertà fondamentali.

Assunta l'importanza dell'attività economica per le organizzazioni criminali, oltre a colpire le differenti fattispecie di reato da esse perpetuate, assume una rilevanza fondamentale prendere in considerazione i proventi delle stesse. Intervenire sui proventi dei reati risulta infatti spesso più semplice rispetto, ad esempio, all'arresto dei colpevoli – spesso abili a nascondersi, in particolare nel caso in cui siano parte di un'organizzazione. La confisca di beni e proventi dell'azione criminale permette inoltre di raggiungere un duplice obiettivo: si realizza infatti una prima forma di risarcimento a beneficio della collettività e, non meno importante, si vanno ad intaccare i mezzi che permettono alle organizzazioni di perpetuare ed incrementare le loro attività. Risulta in questo caso subito evidente come tale azione generi tensione con il diritto al rispetto della proprietà privata, i cui contorni, per la sua rilevanza in materia e le peculiarità della sua affermazione, verranno presentati nella seconda sezione del capitolo.

Negli ambiti richiamati, la legislazione nazionale italiana costituisce sicuramente un esempio all'avanguardia e l'apporto del nostro paese alla definizione della normativa dell'Unione ha quindi vocazione a costituire un significativo valore aggiunto¹⁰⁶⁶. Le indagini e le misure di lotta alla criminalità organizzata in ambito bancario e patrimoniale hanno infatti rappresentato una svolta in materia di lotta alle organizzazioni criminali, in quanto hanno permesso, attraverso la ricostruzione dei flussi di denaro, di raccogliere prove obiettive e tangibili, altrimenti difficili da reperire, ed allo stesso tempo di minare le risorse delle organizzazioni malavitose¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁴ CGUE, 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, in Racc. 2005, p. I-07879 e segg. La Corte aveva, in questa circostanza, riconosciuto in capo alla Comunità europea la competenza ad adottare provvedimenti di diritto penale, qualora questi fossero necessari a garantire la piena efficacia di norme adottate in materia di riconosciuta competenza della stessa Comunità (e, quindi, al fine del raggiungimento dell'obiettivo da tali norme prefissato). Sulla base di tale considerazione, la Commissione aveva ottenuto l'annullamento di una decisione quadro sui reati ambientali che introduceva fattispecie di reato e relative sanzioni in quanto, poiché queste concorrevano al raggiungimento dell'obiettivo della Comunità della protezione dell'ambiente, dovevano rientrare nella competenza della Comunità stessa

¹⁰⁶⁵ E quindi incoerenze, andando così a confliggere con l'obiettivo di coerenza delle azioni e politiche dell'Unione, sancito dall'art. 7 TFUE

¹⁰⁶⁶ Per una panoramica recente in riferimento a tali aspetti si veda, su tutti, A. BALSAMO, V. CONTRAFATTO e G. NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Giuffrè, 2010

¹⁰⁶⁷ Tale approccio alla lotta alla criminalità organizzata è stato sviluppato negli anni Ottanta dai magistrati del pool antimafia, a partire da Giovanni Falcone. Un aspetto veramente all'avanguardia caratterizzante della normativa italiana è poi costituito dalle misure patrimoniali a carattere preventivo, che permettono di intervenire su ingenti patrimoni di dubbia provenienza

L'attenzione alla dimensione economica nella lotta alla criminalità ha ottenuto riconoscimento anche a livello dell'Unione, ed ha vocazione ad assumerne sempre più, anche in conseguenza delle opportunità offerte dal nuovo quadro istituzionale introdotto dal Trattato di Lisbona. Tra gli obiettivi della strategia di sicurezza interna dell'Unione¹⁰⁶⁸ figura lo smantellamento delle reti criminali internazionali, da perseguire tramite tre azioni specifiche che rendono conto precisamente degli aspetti richiamati. Proprio gli stessi, come si vedrà, sono inoltre al centro di una generale revisione normativa.

Si aggiunge a ciò il fatto che gli aspetti finanziario-patrimoniali della lotta alla criminalità si trovano al centro del lavoro svolto dalla commissione speciale del Parlamento europeo¹⁰⁶⁹ dedicata –non a caso- a Criminalità organizzata, corruzione e riciclaggio (CRIM). Su proposta di questa, il Parlamento ha adottato, lo scorso 23 ottobre, la già citata Risoluzione¹⁰⁷⁰, frutto di un anno e mezzo di lavoro¹⁰⁷¹, che propone un piano d'azione per il periodo 2014-2019. Tale piano d'azione, oltre a introdurre novità rilevanti in senso repressivo e preventivo con particolare –anche se assolutamente non unico- riferimento alla dimensione economica, mantiene però viva l'attenzione anche sull'importanza di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali¹⁰⁷².

Come già richiamato nello scorso capitolo¹⁰⁷³, la Risoluzione richiama anche l'attenzione sulla salvaguardia del diritto alla protezione dei dati personali. Il rispetto di tale diritto rappresenta infatti, come emergerà dall'analisi, una delle -ulteriori- fonti di maggiore tensione nell'ambito trattato (si pensi solo alla raccolta di informazioni bancarie sui flussi di denaro ed alle segnalazioni di operazioni economiche sospette).

L'analisi che seguirà presenterà quindi i principali strumenti di intervento in campo finanziario e patrimoniale adottati a livello dell'Unione. Il difficile equilibrio tra il diritto al rispetto della proprietà privata e la necessità di comprimere lo stesso al fine di assicurare un importante contrasto di tipo patrimoniale alla criminalità è perciò sotteso a tutto l'ambito di azione in esame.

¹⁰⁶⁸ Commissione europea, Comunicazione COM(2010) 673 def. della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, "La strategia di sicurezza interna dell'UE in azione: cinque tappe verso un'Europa più sicura", del 22.11.2010

¹⁰⁶⁹ Si veda capitolo 1, sezione 2, paragrafo 2.2.

¹⁰⁷⁰ Risoluzione del Parlamento europeo del 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere (relazione finale) (2013/2107(INI))

¹⁰⁷¹ La commissione CRIM era stata istituita nel marzo 2012; per una panoramica delle attività da essa svolte nell'arco temporale richiamato si veda disponibile all'indirizzo

<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201309/20130910ATT70965/20130910ATT70965EN.pdf>

¹⁰⁷² Viene infatti affermata la condizione del rispetto dei diritti della difesa come sanciti dalla CEDU, dalla Carta e dal diritto derivato dell'Unione, a cui si aggiunge la raccomandazione agli Stati membri di instaurare sistemi di giustizia penale equilibrati, capaci di garantire la preservazione dei diritti della difesa e, pur nel perseguimento degli obiettivi prefissati, atti a non pregiudicare i diritti fondamentali dei detenuti. Si auspica poi –per la prima volta in un documento di origine delle istituzioni- l'adozione di regole omogenee al livello dell'Unione in materia di protezione dei testimoni, informatori e collaboratori di giustizia. Rispettivamente punti 33, 79 e 81, 127 XVIII della relazione finale della commissione CRIM

¹⁰⁷³ Si veda la sezione 2, paragrafo 2

La scelta delle misure analizzate sarà determinata dalla loro rilevanza per la lotta alla criminalità con particolare riferimento all'aggressione dei capitali illeciti ed al tempo stesso per le tensioni che esse generano con i diversi diritti e libertà fondamentali, in modo da evidenziare il rapporto tra le due dimensioni.

L'importanza che tali due ambiti di intervento ricoprono per la materia risulta evidente anche dalla cooperazione sviluppatasi, prima che all'interno dell'Unione, a livello internazionale; nel 1990 è infatti stata adottata in sede di Consiglio d'Europa la Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato¹⁰⁷⁴, che appunto riunisce i due.

Merita infine menzione il fatto che l'Unione ha adottato anche altri strumenti che non mancano di rilevanza ai fini della più vasta dimensione economica della lotta alla criminalità. Si tratta di misure in materia di lotta alla corruzione, regolamentazione della gestione degli appalti pubblici, lotta alla contraffazione dell'euro e contrasto alla frode perpetuata nei confronti degli interessi economici dell'Unione.

Il presente capitolo sarà quindi suddiviso in due sezioni. Nella prima verrà presentato il quadro giuridico concernente la lotta al riciclaggio di capitali e, nella seconda, la normativa in materia di confisca e sequestro di beni e proventi di reato, che partirà però dalla presentazione del diritto alla proprietà privata, particolarmente rilevante in materia.

Sezione 1. La lotta al riciclaggio alla prova di diritti e libertà fondamentali

L'azione di contrasto alla criminalità ha mostrato come, in particolare in riferimento alla criminalità organizzata, le indagini volte a seguire i flussi di denaro offrono al contempo la possibilità di individuare attività illecite e di colpirle duramente. La lotta al riciclaggio dei capitali ed il controllo dei trasferimenti finanziari rivestono quindi un'importanza primaria, soprattutto nell'ordinamento dell'Unione in seguito all'introduzione della libera circolazione dei capitali, che evidentemente facilita gli spostamenti di denaro.

Come anticipato, l'ambito in esame presenta una natura quasi intrinsecamente transnazionale, come dimostra lo sviluppo della cooperazione internazionale in materia¹⁰⁷⁵. Il riferimento è alla citata

¹⁰⁷⁴ Consiglio d'Europa, Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, Strasburgo, 8 novembre 1990

¹⁰⁷⁵ Per una panoramica dell'evoluzione del settore della lotta al riciclaggio in ambito internazionale si veda W. C. GILMORE, *Dirty money: the evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, Council of Europa Publishing, 2004

Convenzione del Consiglio d'Europa del 1990¹⁰⁷⁶ - alla stesura della quale hanno attivamente partecipato gli Stati membri dell'Unione¹⁰⁷⁷ - ma anche alla Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti¹⁰⁷⁸. Gli Stati membri dell'UE sono poi, insieme alla Commissione europea, parte del Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale (GAFI), creato in ambito G7, che nel 1990 ha adottato 40 Raccomandazioni in materia. Tali Raccomandazioni vengono periodicamente riviste ed aggiornate, e costituiscono un punto di riferimento primario per l'azione di contrasto al fenomeno del riciclaggio.

Le fonti citate hanno offerto numerosi spunti alla traccia del quadro normativo adottato dall'Unione in materia. Queste hanno infatti contribuito a plasmare l'attività normativa sviluppatasi nel quadro dell'UE volta, rispettivamente, alla criminalizzazione e repressione (essenzialmente le prime due fonti), nonché prevenzione (precipuamente la terza) del fenomeno del riciclaggio.

La necessità di perseguire tale duplice scopo si è inserita nel contesto istituzionale dell'Unione dei primi anni Novanta, con la conseguenza di determinare una discrasia tra i due, che potevano essere raggiunti solo attraverso strumenti diversi sottoposti a procedure di adozione e regimi diversi. Il quadro normativo fin qui delineato consta infatti, da una parte, di tre successive direttive relative alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio¹⁰⁷⁹, la prima delle quali risalente al 1991; dall'altra, della decisione quadro volta alla criminalizzazione della fattispecie del riciclaggio¹⁰⁸⁰ (in sostituzione di una precedente azione comune¹⁰⁸¹) e della decisione sulla cooperazione tra le Unità d'Informazione Finanziaria (UIF) istituite in ciascuno Stato membro¹⁰⁸². La disciplina in materia è poi completata, principalmente¹⁰⁸³, dal regolamento riguardante i dati

¹⁰⁷⁶ Sottoscritta da tutti gli Stati dell'Unione e, nel 2009, dall'Unione stessa

¹⁰⁷⁷ V. MITSILEGAS and B. GILMORE, *op. cit.*, p. 119

¹⁰⁷⁸ Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope, Vienna, 20 dicembre 1988

¹⁰⁷⁹ Direttiva 91/308/CEE del Consiglio, del 10 giugno 1991, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite, GU L 166 del 28.6.1991; Direttiva 2001/97/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 dicembre 2001, recante modifica della direttiva 91/308/CEE del Consiglio relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite, GU L 344 del 28.12.2001; Direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, GCUE L 309 del 25.11.2005

¹⁰⁸⁰ Decisione quadro del 2001/500/GAI del Consiglio, del 26 giugno 2001, concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, GU L182 del 5.7.2001

¹⁰⁸¹ Azione comune 98/699/GAI, del 3 dicembre 1998, sul riciclaggio di denaro e sull'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato adottata dal Consiglio in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, GU L333 del 9.12.1998

¹⁰⁸² Decisione del Consiglio 2000/642/GAI, del 17 ottobre 2000, concernente le modalità di cooperazione tra le unità di informazione finanziaria degli Stati membri per quanto riguarda lo scambio di informazioni in GU L 271 del 24 ottobre 2000

¹⁰⁸³ Vi sono in realtà altri strumento, molto specifici, che non verranno nemmeno nominati perché ininfluenti agli scopi della presente ricerca

richiesti in accompagnamento al trasferimento di fondi¹⁰⁸⁴, e, per ciò che concerne il rapporto con l'esterno dell'Unione, dal regolamento relativo al controllo del denaro contante in entrata nella Comunità o in uscita dalla stessa¹⁰⁸⁵.

La prima parte della sezione verrà dedicata all'analisi approfondita del principale strumento dell'Unione attualmente in vigore per la lotta al riciclaggio: la direttiva 2005/60/CE. Seguirà la presentazione degli strumenti di ex terzo pilastro afferenti a tale quadro normativo ed, infine, quella delle prospettive di modifica della disciplina attualmente all'esame del legislatore europeo.

1. La terza direttiva sul riciclaggio

La terza direttiva antiriciclaggio è stata adottata nel 2005 e segue l'evoluzione della materia avvenuta nel contesto internazionale. La scelta della Commissione di presentare una nuova proposta a tre anni dall'adozione della direttiva del 2001 va infatti ricondotta principalmente a due fattori di stampo internazionale.

Il primo, richiamato esplicitamente nel testo presentato dalla Commissione, attiene alla revisione delle Raccomandazioni GAFI ultimata nel 2003, e quindi alla necessità di adeguare ad esse la normativa dell'Unione¹⁰⁸⁶. I maggiori interventi delle stesse concernevano gli obblighi di identificazione dei clienti e la verifica della loro identità, un approccio decisamente orientato alla valutazione del livello di rischio (con una differenziazione, su tale base, di diversi livelli di allerta per diverse categorie di persone), l'attività delle UIF e l'estensione della qualifica di "reati gravi" ad un più elevato numero di fattispecie¹⁰⁸⁷.

Proprio tale ultimo aspetto è legato al secondo grande motivo alla base della proposta di una nuova direttiva. Gli attentati terroristici verificatisi nel settembre 2001 negli Stati Uniti e successivamente in Europa avevano infatti catalizzato l'attenzione sulla lotta al terrorismo, e la strategia globale in materia mirava quindi ad utilizzare strumenti e meccanismi ideati per la lotta al riciclaggio al fine di bloccare il finanziamento del terrorismo. Fra i "reati gravi" contemplati dalla direttiva 2005/60/CE

¹⁰⁸⁴ Regolamento 1781/2006/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 novembre 2006, riguardante i dati informativi relativi all'ordinante che accompagnano i trasferimenti di fondi, GU L345 dell'8.12.2006

¹⁰⁸⁵ Regolamento 1889/2005/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativo ai controlli sul denaro contante in entrata nella Comunità o in uscita dalla stessa, GU L309 del 25.11.2005

¹⁰⁸⁶ Commissione europea, proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose compreso il finanziamento del terrorismo, COM(2004) 448 definitivo, del 30.6.2004, p. 3

¹⁰⁸⁷ V. MITSILEGAS and B. GILMORE, *op. cit.*, p. 123

figurano infatti tutti gli atti riconducibili al terrorismo¹⁰⁸⁸ e, inoltre, la necessità di contrasto al finanziamento dello stesso impronta tutta la direttiva. A riprova di ciò, il nome dello strumento, che per le due precedenti direttive faceva riferimento unicamente alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio, esprime esplicitamente anche la finalità della lotta al finanziamento del terrorismo.

Ad una presentazione critica dei tratti principali della direttiva seguirà il riferimento ai motivi di tensione specifici con i diritti fondamentali.

1.1. Presentazione critica degli aspetti principali della direttiva

La terza direttiva antiriciclaggio estende il suo campo di applicazione, come detto, all'uso di denaro frutto di attività illecite per il finanziamento del terrorismo. Ciò risulta, oltre che nella modifica del titolo stesso dello strumento, in una serie di altri cambiamenti, giustificati dai richiami presenti in svariati considerando¹⁰⁸⁹.

In riferimento alle definizioni, la direttiva 2005/60/CE presenta una modifica rispetto agli strumenti precedenti, in quanto allinea la definizione di “reati gravi” con quella presente nella decisione quadro del 2001 su riciclaggio e confisca¹⁰⁹⁰, ed inserisce inoltre i già citati atti di matrice terroristica. Tali riferimenti a strumenti di ex terzo pilastro, se da un lato contribuiscono alla creazione di un *corpus* normativo più coerente, dall'altro complicano inevitabilmente l'applicazione dello stesso. La Commissione aveva in realtà cercato di inserire all'art. 1 (che reca tuttora, come in precedenza, il divieto di riciclaggio, a cui è stato aggiunto quello relativo al finanziamento del terrorismo) l'obbligo della qualifica di reato per le fattispecie riconducibili al riciclaggio¹⁰⁹¹, ma l'opposizione del Consiglio era stata, su questo punto, irremovibile. E' stata però maggiormente caratterizzata rispetto al passato la disposizione sulle sanzioni che, benché di carattere amministrativo, debbono essere effettive, proporzionate e dissuasive¹⁰⁹².

Altra modifica concernente le definizioni offerte dalla direttiva è quella che riguarda l'introduzione delle specifiche per l'individuazione del “titolare effettivo”¹⁰⁹³ collegata alla nozione di controllo dell'entità giuridica per conto della quale venga effettuata un'operazione o attività (riferita al

¹⁰⁸⁸ Art. 3 par. 5 lett. a della direttiva 2005/60/CE, la quale richiama, in materia l'indicazione degli atti riconducibili al terrorismo secondo la decisione 2002/475/GAI sulla lotta al terrorismo, ora modificata dalla decisione quadro 2008/919/GAI, che, tra l'altro, ha innovato proprio questa parte

¹⁰⁸⁹ Considerando n. 1, 2, 5, 8, 9 della direttiva 2005/60/CE, che introducono riferimenti più o meno diretti all'aspetto in esame

¹⁰⁹⁰ Art. 1 della decisione quadro del 2001/500/GAI del Consiglio, che verrà presentata nel prosieguo

¹⁰⁹¹ Commissione europea, COM(2004) 448 definitivo, *cit.*, p. 14

¹⁰⁹² Art. 39 par. 2 della direttiva 2005/60/CE

¹⁰⁹³ Art. 3 par. 6 della direttiva 2005/60/CE

riciclaggio) che va a sostituire quella precedente di “titolare economico”, che non riusciva evidentemente a fornire una caratterizzazione operativamente efficace.

Modifiche significative sono state poi introdotte al Capo II¹⁰⁹⁴, dedicato agli obblighi di adeguata verifica della clientela in capo agli enti creditizi e finanziari, che è stato significativamente espanso in confronto alla precedente disciplina. Viene infatti introdotta, in conformità con la revisione del 2003 delle Raccomandazioni GAFI, una gradazione di severità della verifica basata sul principio della valutazione del rischio¹⁰⁹⁵. L’approccio basato sulla valutazione del rischio¹⁰⁹⁶ costituisce - insieme all’integrazione della lotta al finanziamento del terrorismo- la principale novità sistemica introdotta dalla terza direttiva antiriciclaggio.

Un’altra disposizione rilevante (precedentemente assente), di carattere più puntuale, è il divieto di conti o libretti di risparmio anonimi¹⁰⁹⁷. Tale misura era stata in precedenza osteggiata dall’Austria, al punto che il paese era stato inserito sulla lista nera del GAFI¹⁰⁹⁸. Nel 1998 la stessa Austria era stata condotta dalla Commissione davanti alla Corte¹⁰⁹⁹ per non aver trasposto entro i termini proprio quelle disposizioni della prima direttiva antiriciclaggio che concernevano gli obblighi di identificazione dei clienti da parte di enti creditizi e finanziari.

Segue il Capo III sugli obblighi di segnalazione di operazioni sospette da parte di operatori del settore finanziario, creditizio, case da gioco, e professionisti quali agenti immobiliari, revisori e contabili, notai ed avvocati. Questo rappresenta probabilmente il punto più critico della direttiva a fianco del problema relativo alla base giuridica ed al rapporto con gli strumenti di ex terzo pilastro.

Come verrà analizzato nel prossimo paragrafo, i due aspetti più largamente problematici attengono al fatto che le disposizioni contenute in tale capo rischiano di prefigurare una violazione dei diritti fondamentali, con particolare riferimento all’obbligo di segnalazione in capo agli avvocati. La direttiva prescrive che le operazioni sospette vengano segnalate alle UIF, unità nazionali che non

¹⁰⁹⁴ Si veda V. MITSILEGAS and B. GILMORE, *op. cit.*, pp. 126-127

¹⁰⁹⁵ Come risulta dagli articoli 8 par. 2, 11 par. 2 e 13 par. 1 della direttiva 2005/60/CE; il concetto dell’approccio generale basato sul rischio è poi esplicitamente richiamato al considerando 22 della direttiva

¹⁰⁹⁶ L’approccio basato sulla valutazione del rischio, prima che nell’area in esame, è stato introdotto nel quadro dell’ex primo pilastro; sul significato e sull’evoluzione di tale concetto si veda E. HERLIN-KARNELL, “The EU anti-money laundering agenda: built on risk?”, in C. ECKES and T. KONSTADINIDES, *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice. A European Public Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 85-93

¹⁰⁹⁷ Art. 6 della direttiva 2005/60/CE

¹⁰⁹⁸ V. MITSILEGAS and B. GILMORE, *op. cit.*, p. 127

¹⁰⁹⁹ CGUE, ordinanza del 29 settembre 2000, causa C-290/98, *Commissione c. Repubblica d’Austria*, in Racc. 2000, pp. I-07835 e segg. L’Austria aveva, successivamente alla presentazione del ricorso, adempiuto agli obblighi per conformarsi alle disposizioni della direttiva, ed in seguito a ciò la Commissione aveva rinunciato agli atti; L’Austria era quindi stata condannata, tramite ordinanza, al pagamento delle spese legali

vengono però in alcun modo caratterizzate se non con riferimento al generico compito di analizzare le informazioni loro pervenute circa operazioni sospette e trasmetterle alle autorità competenti¹¹⁰⁰.

Nella prassi è stato identificato lo sviluppo di tre modelli di sistema di segnalazione¹¹⁰¹: il modello indipendente/amministrativo, che vede le UIF come autorità indipendenti o inserite nell'organigramma dell'amministrazione pubblica, il modello poliziesco, che prevede che le segnalazioni vengano trasmesse ad agenzie di polizia o intelligence, ed, infine, il modello giudiziario, in base al quale le informazioni vengono indirizzate alle procure. Oltre al caos che tale difformità determina anche in riferimento agli scambi tra le UIF di diversi paesi, un problema emerge con evidenza nel momento in cui la direttiva garantisce a tali unità, indifferentemente, pieno accesso a tutte le informazioni e i database nazionali¹¹⁰².

La sezione è chiusa dall'art. 27, che prevede l'adozione di misure atte a proteggere quei dipendenti di enti o persone soggette all'obbligo di segnalazione che denunciino casi di sospetto riciclaggio.

All'interno dello stesso Capo, vi è poi una seconda sezione intitolata "Divieto di comunicazione", che si riferisce al divieto imposto ai soggetti che abbiano obbligo di segnalazione di riferire ai diretti interessati che informazioni nei loro riguardi sono state trasmesse alle UIF.

La direttiva si caratterizza poi per demandare la regolazione di molti aspetti ad atti non legislativi, tanto che l'intero Capo VI è dedicato alle misure di attuazione.

Infine, un aspetto importante –assente nelle precedenti direttive antiriciclaggio- è la specificazione delle circostanze e dei modi in cui le persone giuridiche possono essere chiamate a rispondere della violazione delle disposizioni nazionali adottate in attuazione della direttiva stessa¹¹⁰³.

1.2. La direttiva alla prova dei diritti e delle libertà fondamentali

Il considerando n. 48 della direttiva 2005/60/CE opera un generico richiamo al rispetto dei diritti fondamentali¹¹⁰⁴, ma alcune disposizioni, con particolare riferimento a quelle concernenti gli obblighi di segnalazione, pongono invece tale salvaguardia fortemente a rischio.

¹¹⁰⁰ E' prevista un'eccezione per i professionisti del campo legale, che possono effettuare le segnalazioni ad un organismo di autoregolamentazione, ma si tratta, come verrà sottolineato in seguito, di un'eccezione decisamente più formale che sostanziale

¹¹⁰¹ Più approfonditamente si veda sull'argomento J. F. TONY, "Processing financial information in money laundering matters: the financial intelligence units", in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1996, n. 3, pp. 257-282

¹¹⁰² Art. 21 par. 3 e art. 22 par. 1 lett. b della direttiva 2005/60/CE

¹¹⁰³ Art. 39 punti 3 e 4 della direttiva 2005/60/CE

¹¹⁰⁴ La Carta viene indicata quale documento di riferimento benchè priva, all'epoca, di valore vincolante e la CEDU dovrebbe invece assumere valore di vincolo insuperabile. Significativo, in negativo, è il fatto che il testo riporti il verbo al condizionale

Il primo diritto fondamentale chiamato in causa è il diritto ad un equo processo. Questo, stabilito dall'art. 6 della CEDU, si ritrova diviso tra gli articoli 46 e 47 della Carta, intitolati, rispettivamente, al diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale, ed alla presunzione di innocenza e diritti della difesa.

Come precedentemente annunciato, la direttiva prevede un generale obbligo di segnalazione per tutti i soggetti destinatari, tra i quali si ritrovano i professionisti legali, in riferimento a sospette attività di riciclaggio¹¹⁰⁵. L'art. 23 par. 2 inserisce una deroga, sancendo che gli Stati membri hanno la facoltà di escludere da tale obbligo proprio la categoria degli avvocati (a cui si aggiungono notai, consulenti tributari, contabili e revisori di conti¹¹⁰⁶). La deroga è però applicabile limitatamente a quelle informazioni afferenti all'esame della posizione giuridica del cliente o che, in generale, siano collegate ad un procedimento penale, ivi compresa la consulenza circa l'eventualità di intentare o evitare un procedimento.

Prima ancora di passare all'analisi della disposizione in relazione al diritto ad un equo processo, si può ravvisare in una formulazione simile un'incertezza giuridica legata alla sua applicazione: la distinzione tra le due tipologie di interventi dei professionisti legali non è infatti immediata.

Una tale disposizione comporta la possibilità che la categoria professionale citata debba venir meno al segreto professionale, che vede nel diritto ad un equo processo -con particolare riferimento ai diritti della difesa e ad un ricorso effettivo- uno dei suoi fondamenti. Infatti, benchè non sia esplicitamente richiamato dall'art. 6 della CEDU, né dagli articoli della Carta menzionati -la Carta richiama il segreto professionale unicamente in riferimento al diritto ad una buona amministrazione¹¹⁰⁷- il segreto professionale è, come riconosciuto anche dalla Corte di giustizia¹¹⁰⁸ sulla base della giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹¹⁰⁹, un elemento primario del diritto del singolo ad un equo processo.

¹¹⁰⁵ O finanziamento di terrorismo

¹¹⁰⁶ Quindi i soggetti menzionati all'art. 2 par. 1 punto 3 lett. a e b della direttiva 2005/60

¹¹⁰⁷ Art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

¹¹⁰⁸ CGUE, 26 giugno 2007, causa C-305/05, *Ordre des barreaux francophones e germanophone e a.*, in Racc. 2007, p. I-05305 e segg., punto 32. Sulla sentenza si vedano, tra gli altri, P. PECHO, F. MICHEL, « Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 26 juin 2007: "Ordre des barreaux francophones et germanophones" et a. », in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2007, n. 4, pp. 907-928; E. ADOBATI, "Secondo la Corte di giustizia è legittima l'imposizione agli avvocati degli obblighi di comunicare le informazioni alle autorità responsabili della lotta contro il riciclaggio", in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, pp.753-754; D. SIMON, "Lutte contre le blanchiment et secret professionnel des avocats", in *Europe*, agosto-settembre 2007, n. 201, pp.12-14

¹¹⁰⁹ Corte EDU, 16 dicembre 1992, causa 13710/88, *Niemetz c. Germania*, che, al punto 37, chiarisce che l'intrusione nel segreto professionale per gli avvocati "può ripercuotersi sulla corretta amministrazione della giustizia e, pertanto, sui diritti garantiti dall'art. 6"

La disposizione della direttiva 2005/60/CE in esame era prevista anche nella seconda direttiva antiriciclaggio, la direttiva 2001/97/CE¹¹¹⁰, e nel 2005 era stata oggetto di un rinvio pregiudiziale di validità davanti alla Corte di giustizia volto proprio a determinarne la compatibilità con il diritto fondamentale ad un equo processo¹¹¹¹. Il rinvio era stato presentato dalla *Cour constitutionnelle* belga sulla base della contestazione presentata dagli ordini forensi nazionali circa la non conformità delle disposizioni di trasposizione della direttiva con il diritto ad un equo processo tutelato dal sistema dell'U.E.¹¹¹². Il giudice dell'Unione aveva però affermato la validità della disposizione dichiarando che essa non era contraria al diritto fondamentale ad un equo processo in quanto escludeva l'obbligo di segnalazione in tutti i casi in cui l'avvocato agisse in relazione ad un processo. La violazione del segreto professionale in riferimento ad attività dell'avvocatura non collegate ad un procedimento penale si pongono infatti –afferma la Corte- “al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto a un equo processo”¹¹¹³.

Nella sentenza veniva poi sottolineata dalla Corte l'importanza dell'obiettivo, perseguito dalla direttiva, di una lotta efficace al riciclaggio, identificato quale fattore di sviluppo della criminalità organizzata. La Corte non aveva in questo punto espresso in modo esplicito ciò che invece si ritrova nelle conclusioni dell'Avvocato generale, che aveva presentato l'obiettivo della direttiva quale interesse generale legittimo, atto a giustificare una restrizione del segreto professionale in riferimento a quelle attività non legate ad alcun procedimento legale¹¹¹⁴.

E' però importante sottolineare come la disposizione oggetto del ricorso -che non a caso era stata, all'epoca dell'adozione della direttiva 2001/97/CE, fortemente osteggiata da parte del Parlamento europeo¹¹¹⁵- prevedesse per gli Stati solo la possibilità di ricorrere a tale deroga, e non l'obbligo. La stessa cosa vale per l'art. 23 par. 2 della direttiva 2005/60/CE, in riferimento al quale, durante le negoziazioni, nemmeno il Parlamento ha più provato ad intervenire. La normativa dell'Unione non contribuisce attivamente ad eliminare il rischio di violazione del diritto in esame da parte degli Stati, nonostante i richiami, operati nei considerando della direttiva, all'importanza di salvaguardare

¹¹¹⁰ Art. 1 della direttiva 2001/97/CE nel punto in cui apporta modifiche all'art. 6 della prima direttiva antiriciclaggio, la direttiva 91/308/CEE

¹¹¹¹ CGUE, *Ordre des barreaux francophones e germanophone e a., cit.*

¹¹¹² Poiché la causa è precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il diritto all'equo processo era garantito in qualità di principio generale, in quanto comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri e presente all'art. 6 della CEDU. E' però da notare che, come in altre occasioni, sia stato fatto riferimento anche alla Carta –non ancora vincolante- da parte dell'Avvocato generale. Conclusioni dell'Avvocato generale Maduro del 14 dicembre 2006, causa C-305/05, *Ordre des barreaux francophones e germanophone e a.*, in Racc. 2007, p. I-05305 e segg., punto 48

¹¹¹³ CGUE, *Ordre des barreaux francophones e germanophone e a., cit.*, punto 32

¹¹¹⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Maduro del 14 dicembre 2006, causa C-305/05, *Ordre des barreaux francophones e germanophone e a., cit.*, punto 78

¹¹¹⁵ Come emerge anche dalla Risoluzione legislativa del Parlamento europeo, del 5 aprile 2001, sulla posizione comune del Consiglio, C 21 E (2002), p. 305. Questo è uno dei motivi principali per cui l'accordo sulla direttiva era giunto solo in terza lettura

il vincolo del segreto professionale in riferimento a tutte le attività dei liberi professionisti collegate a procedimenti giudiziari¹¹¹⁶.

Tale situazione di tensione con il diritto ad un equo processo è poi ulteriormente esacerbata dalla direttiva 2005/60/CE se confrontata con le corrispondenti disposizioni della seconda direttiva antiriciclaggio. Come già avveniva in precedenza, l'art. 23 prevede infatti al par. 1 la possibilità per gli Stati di designare un organismo di autoregolamentazione della professione legale come autorità di riferimento per le segnalazioni. A differenza della direttiva 2001/97/CE, però, la direttiva in vigore sancisce che le informazioni così raccolte vengano trasmesse all'UIF "tempestivamente e senza alcun filtro". Tali organismi di autoregolamentazione, laddove istituiti, perdono dunque di qualsiasi significato. Il dato risulta ancora più rilevante nel momento in cui si pensa che proprio il ricorso a tali organismi era stato segnalato dall'Avvocato generale nelle conclusioni sopra richiamate al caso *Ordre des barreaux francophones et germanophone e a.* quale elemento di garanzia della proporzionalità delle restrizioni alla tutela del segreto professionale. Sembra quindi che tra la seconda e la terza direttiva antiriciclaggio vi sia quindi stata, sotto questo aspetto di tutela dei diritti, un'involuzione.

La stessa disposizione suscita poi attrito, secondo la ricostruzione effettuata nelle stesse conclusioni dell'Avvocato generale¹¹¹⁷, con un altro diritto fondamentale: quello al rispetto della vita privata. Tale diritto, sancito dall'art. 8 della CEDU ed anche dall'art. 7 della Carta, rappresenta infatti -sulla base della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹¹¹⁸- il secondo fondamento della tutela del segreto professionale, a cui la direttiva impone restrizioni. Le considerazioni circa il *minus* di salvaguardia che sembra essere stato introdotto dalla terza direttiva antiriciclaggio sono quindi estendibili anche al diritto al rispetto della vita privata, che viene minacciato nel momento in cui l'avvocato, rompendo il vincolo del segreto professionale, rivela informazioni concernenti il suo cliente. Il diritto in esame non rientra tra quelli inderogabili, ma, ancora una volta, il nodo da affrontare e sciogliere attiene al bilanciamento tra l'esigenza individuale al rispetto del diritto e quella del perseguimento di un fine collettivo. L'involuzione richiamata in riferimento alla direttiva concerne la valutazione circa la proporzionalità delle misure volte a derogare al diritto fondamentale e si può pensare che uno dei motivi dietro la tendenza registrata sia il *focus* sulla sicurezza pubblica seguito agli attentati terroristici di inizio secolo.

¹¹¹⁶ Considerando 20-21 della direttiva 2005/06

¹¹¹⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Maduro del 14 dicembre 2006, causa C-305/05, *Ordre des barreaux francophones e germanophone e a., cit.*, punto 41

¹¹¹⁸ Corte EDU, 29 settembre 2000, causa 33274/96, *Foxley c. Regno Unito*, punto 44; si veda anche in merito, Corte EDU, 25 marzo 1998, causa 23224/94, *Kopp c. Svizzera*

Semanticamente molto vicino al diritto al rispetto della vita privata è il diritto alla protezione dei dati personali, per il quale, *mutatis mutandis*, vale la riflessione sopra espressa. Non a caso i due diritti sono accorpati nell'art. 8 della CEDU, mentre nella Carta l'art. 8 è dedicato esclusivamente al diritto alla protezione dei dati personali. Come ampiamente analizzato nello scorso capitolo, tale diritto ha subito, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, un rafforzamento considerevole, e, anche in conseguenza di ciò, gli strumenti di diritto derivato in materia adottati finora sono in corso di modifica. Il riferimento è al pacchetto di riforme precedentemente illustrato, che dovrebbe sostituire alle attuali direttiva e decisione quadro, rispettivamente, un regolamento ed una direttiva¹¹¹⁹.

Il diritto in esame è posto in tensione da due diversi aspetti della direttiva 2005/60/CE. La direttiva dedica infatti un intero Capo (il IV) alla conservazione dei dati da parte dei soggetti destinatari, in modo da renderli disponibili per qualsiasi verifica. Tale disponibilità non presenta limiti temporali di alcun genere ed è rivolta non solamente alle autorità giudiziarie, né a quelle giudiziarie e di polizia, ma anche, esplicitamente, alle UIF¹¹²⁰. Posto che, come è stato già spiegato, la natura di tali organismi può variare molto da uno Stato all'altro, il rischio per il diritto alla protezione dei dati personali appare evidente. A ciò si aggiunge il fatto che non viene previsto alcun termine per la conservazione. Il secondo aspetto atto a sollevare dubbi circa il rispetto del diritto alla protezione dei dati personali è direttamente collegato al primo ed è costituito dall'accesso garantito alle UIF ai database nazionali¹¹²¹. A fronte di tali elementi, ci si sente di poter affermare che l'assenza di un qualsiasi richiamo tanto all'obbligo di rispettare il diritto in questione quanto agli strumenti adottati in materia dall'Unione rappresenta una grave mancanza del legislatore europeo.

Tra le disposizioni riguardanti gli obblighi di segnalazione, l'art. 27 prevede che gli Stati membri adottino misure di protezione nei confronti dei dipendenti degli enti o persone soggette alla direttiva che abbiano trasmesso informazioni circa casi sospetti. La direttiva non specifica però oltre la natura e le modalità della protezione, lasciando quindi un vuoto normativo suscettibile di determinare un rischio per l'incolumità degli individui. Tale mancanza può trovare una qualche spiegazione nel fatto che, al momento dell'adozione della direttiva, la competenza della Comunità di imporre obblighi di tale sorta nell'ambito di uno strumento di allora primo pilastro sarebbe stata sicuramente messa in dubbio. Non si riscontra però nemmeno un tentativo in questo senso, al di fuori di quanto espresso al considerando n. 32, che presentava la protezione dei dipendenti come "una questione cruciale per l'efficacia del regime antiriciclaggio". In effetti, in assenza di una base

¹¹¹⁹ Il primo valido per tutti gli ambiti di competenza dell'Unione ad eccezione di quelli della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, si veda, nello specifico, capitolo 4 sezione 2, paragrafo 2.2.

¹¹²⁰ Art. 32 della direttiva 2005/06/CE

¹¹²¹ Art. 21 par. 3 della direttiva 2005/60/CE

giuridica in materia¹¹²², l'unico modo per inserire disposizioni a finalità garantista in ambito penale era presentarle come funzionali al raggiungimento di altri scopi.

Un ultimo elemento debole della direttiva in relazione alla garanzia di un livello elevato di salvaguardia dei diritti fondamentali è costituito dal ruolo significativo che ricoprono le misure di attuazione. Molti aspetti, in larga parte definiti "tecnici" ma non per questo meno significativi¹¹²³ (si tratta spesso di vere e proprie definizioni o emendamenti), sono infatti lasciati a quella che fino al Trattato di Lisbona era definita comitologia. Le procedure che portano all'adozione degli atti relativi –atti non legislativi- sono quindi necessariamente carenti sotto il profilo del controllo democratico.

2. Un approccio a più pilastri: la questione della base giuridica

La libera circolazione dei capitali e lo sviluppo del mercato finanziario unitamente a quello delle nuove tecnologie hanno reso indispensabile l'intervento normativo dell'Unione per prevenire le operazioni di riciclaggio. Allo stesso tempo un'armonizzazione, almeno parziale, della fattispecie criminale e delle sanzioni applicabili nelle diverse legislazioni nazionali era necessaria per evitare la fuga verso la normativa più permissiva nonché il rischio di una "corsa al ribasso" al fine di attirare investimenti, benché di dubbia provenienza. La disciplina della materia presentava quindi chiaramente caratteri misti riconducibili sì alla finalità di assicurare l'integrità del sistema finanziario e del mercato interno, ma anche, indubbiamente, al diritto penale.

All'epoca dell'adozione della prima direttiva antiriciclaggio del 1991¹¹²⁴, la competenza in ambito di diritto penale sostanziale era completamente assente tra quelle attribuite all'allora Comunità. Benché quindi l'obiettivo primario della direttiva fosse di natura penale, venne identificata una doppia base giuridica nella libera circolazione e nel mercato interno¹¹²⁵. Durante le negoziazioni la Commissione aveva tentato di inserire nella direttiva la qualifica del riciclaggio di denaro quale reato, ma il Consiglio aveva bloccato il tentativo opponendo, appunto, la mancanza di competenza della Comunità. Il frutto del compromesso è stato l'inserimento del divieto del riciclaggio¹¹²⁶, secondo la definizione individuata sulla base di quella fornita dalla Convenzione ONU del 1988. A questo il legislatore europeo aveva però affiancato una Dichiarazione annessa alla direttiva che

¹¹²² Che, come è stato ampiamente trattato nel capitolo sulla cooperazione giudiziaria penale a finalità garantista, è invece stata introdotta con il trattato di Lisbona

¹¹²³ Riuniti sotto il capo VI della direttiva

¹¹²⁴ Per una presentazione critica della direttiva 91/308/CEE si veda V. MITSILEGAS and B. GILMORE, *op. cit.*, pp. 120-122

¹¹²⁵ Rispettivamente art. 57 par. 2 TCE (ora art. 53 TFUE) e 100 lett. A TCE (ora art. 114 TFUE)

¹¹²⁶ Art. 2 della direttiva 91/308/CEE

afferitava la criminalizzazione della fattispecie del riciclaggio, di fatto costringendo gli Stati membri ad introdurre tale reato nei rispettivi ordinamenti¹¹²⁷.

L' impianto è rimasto immutato anche nella seconda direttiva antiriciclaggio adottata nel 2001, alla quale, però, è stata affiancata, nello stesso anno, la decisione quadro¹¹²⁸ che ha introdotto la criminalizzazione della fattispecie del riciclaggio e annesse sanzioni.

Sempre nell'ambito dell'ex terzo pilastro l'anno precedente era poi stata adottata una decisione concernente le UIF nazionali, la cui natura e i cui compiti –si è visto- non sono stati chiariti nemmeno dalla terza direttiva antiriciclaggio. Al contrario, le criticità che caratterizzano entrambi i profili presentati sono state piuttosto, da tale ultimo strumento, esacerbate.

La mancanza, fino al Trattato di Lisbona, di una vera competenza dell'Unione in materia penale e la divisione in pilastri hanno quindi di fatto impedito in modo evidente lo sviluppo di una normativa completa ed efficace, rendendo difficile anche cambiare percorso una volta eliminati gli ostacoli.

Verranno quindi ora presentate le misure di ex terzo pilastro concernenti la lotta al riciclaggio attualmente in vigore, evidenziando i rapporti tra queste e la salvaguardia dei diritti fondamentali, in modo da fornire un'idea più completa del quadro normativo. Seguirà a ciò l'analisi delle prospettive inaugurate dal Trattato di Lisbona condotta sulla base della proposta di una nuova direttiva antiriciclaggio.

2.1. Gli strumenti di ex terzo pilastro per la lotta al riciclaggio: decisione quadro su riciclaggio e decisione UIF

Come già esposto, la volontà di adottare strumenti per la lotta al riciclaggio nel quadro giuridico dell'ex primo pilastro ha portato da un lato all'identificazione di basi giuridiche che risultano, sotto taluni aspetti, forzate, e dall'altro, conseguentemente, alla maturazione della consapevolezza della necessità dell'adozione di misure di tipo diverso, al fine di tentare di riempire i quasi-vuoti normativi creatisi.

Il Consiglio europeo di Tampere accoglieva all'interno delle sue conclusioni, sotto il cappello della lotta alla criminalità, un'intera sezione dedicata all' "azione specifica antiriciclaggio" definendo l'attività di riciclaggio stessa quale nucleo della criminalità organizzata¹¹²⁹. Gli Stati membri venivano quindi esortati, tra le altre cose: ad adottare la proposta di revisione della prima direttiva antiriciclaggio; a dare piena attuazione tanto alla Convenzione del Consiglio d'Europa del 1990

¹¹²⁷ V. MITSILEGAS and B. GILMORE, *op. cit.*, p. 136

¹¹²⁸ Decisione quadro del 2001/500/GAI

¹¹²⁹ Consiglio europeo di Tampere 15-16 ottobre 1999, Conclusioni della Presidenza, punto 51

quanto alle Raccomandazioni del GAFI; al ravvicinamento delle normative e procedure penali in modo da rendere la disciplina in materia il più uniforme possibile a livello dell'Unione¹¹³⁰.

Il 2001 ha visto l'adozione della cosiddetta seconda direttiva antiriciclaggio e, contemporaneamente, su iniziativa francese¹¹³¹, della decisione quadro concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato. Quest'ultima non è stata congegnata unicamente per la lotta al riciclaggio in quanto si limita, nella pratica, a rendere obbligatoria per tutti gli Stati membri l'adesione senza riserve a determinati aspetti della Convenzione del Consiglio d'Europa.

Tale scelta, se da un lato ha reso molto rapido l'*iter* di adozione dello strumento¹¹³², dall'altro ha fatto registrare l'abdicazione del legislatore europeo ad un ruolo attivo, che avrebbe potuto portare a sviluppare una normativa più comprensiva e particolareggiata, che includesse la dimensione di quei diritti fondamentali che l'attività di contrasto al reato in esame pone in rilievo. E' il caso in particolare, come precedentemente visto, del diritto ad un equo processo e alla salvaguardia dei dati personali, che avrebbero potuto essere affrontati dalla decisione quadro, che non vi fa invece alcun riferimento.

L'art. 1 sancisce quindi il divieto per gli Stati di apporre riserve all'art. 6 della Convenzione – intitolato “Reati di riciclaggio”- con riferimento ai “reati gravi”, i quali vengono, “in ogni caso”, identificati in associazione a soglie (minime o massime) previste per le relative pene. Viene poi introdotto, in riferimento a tali reati, l'obbligo di fissare una soglia minima di sanzione pari a quattro anni di reclusione¹¹³³.

Un altro aspetto da ricondurre all'anomalia di sviluppo della disciplina concerne, come anticipato, le Unità d'Informazione Finanziaria nazionali. Esse sono state istituite dalla prima direttiva antiriciclaggio quali autorità nazionali competenti a ricevere segnalazioni e gestire le transazioni di denaro sospette, senza che venissero però specificati la natura, le funzioni e ed i poteri delle stesse.

In parte per colmare questo vuoto e per sviluppare un coordinamento tra le diverse unità nazionali, sulla spinta -ancora una volta- delle conclusioni della Presidenza del Consiglio di Tampere, nel 2000 è stata adottata la decisione concernente le modalità di cooperazione tra le unità di informazione finanziaria degli Stati membri per quanto riguarda lo scambio di informazioni¹¹³⁴.

Come è stato fatto notare in dottrina, le relative disposizioni continuano però tuttora a coesistere con

¹¹³⁰ Rispettivamente punti 53, 52, 55

¹¹³¹ Iniziativa della Repubblica francese in vista dell'adozione della decisione quadro del Consiglio concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, (2000/C 243/03), GU C243 del 24.8.2000

¹¹³² Un anno è intercorso tra la presentazione dell'iniziativa francese e l'adozione della decisione quadro

¹¹³³ Art. 2 della decisione quadro 2001/500/GAI

¹¹³⁴ Decisione 2000/642/GAI

quelle della direttiva, giungendo a volte a sovrapporsi e creando quindi inevitabilmente confusione¹¹³⁵. Inoltre, ancora una volta, il fatto che l'adozione dello strumento sia avvenuta in tempi rapidi, è motivato dallo scarsissimo apporto dello stesso, tanto che pur sommandosi alle disposizioni concernenti le UIF presenti nella direttiva antiriciclaggio non giungono a delineare un quadro che permetta di individuare natura, funzioni e limiti del campo d'azione di tali organismi.

A riprova dei limiti, pratici, derivanti dalla mancanza di regolamentazione di questi come di altri aspetti legati alla cooperazione tra UIF, la Corte di giustizia è giunta nel recentissimo caso *Jyske Bank Gibraltar*¹¹³⁶ a fondare, di fatto, sulla mancanza di una cooperazione efficace ed effettiva assicurata dalla decisione di ex terzo pilastro in esame, in combinato con la direttiva 2005/60/CE, la decisione circa la conformità della legislazione spagnola concernente l'obbligo di segnalazione alla UIF nazionale per i prestatori di servizi stabiliti altrove¹¹³⁷.

La necessità di rivedere e approfondire la normativa riguardante le UIF si trova poi espressa all'interno del Programma di Stoccolma, nel quale si invitano gli Stati membri e la Commissione a sviluppare ulteriormente lo scambio di informazioni tra UIF per la lotta al riciclaggio di capitali¹¹³⁸.

Anche lo strumento in esame, come la decisione quadro precedente, si presenta carente dal punto di vista del rapporto con i diritti fondamentali. In questo caso la rilevanza del diritto alla protezione dei dati personali è chiara già dal titolo della decisione e la mancanza di disposizioni specifiche in materia risulta quindi tanto più avvertibile ed eclatante. A tale forte evidenza si deve, comunque il richiamo inserito nel testo¹¹³⁹ agli strumenti internazionali in materia di salvaguardia dei dati personali quali la Convenzione del 1981 elaborata in sede di Consiglio d'Europa¹¹⁴⁰ e la raccomandazione n. R(87)15¹¹⁴¹.

Se da un lato è vero che la (controversa) decisione quadro¹¹⁴² sulla protezione dei dati di carattere personale sarebbe stata adottata solo otto anni più tardi¹¹⁴³ –rendendo quindi impossibile un riferimento nella decisione del 2000- una serie limitata di disposizioni attinenti al caso specifico del

¹¹³⁵ V. MITSILEGAS and B. GILMORE, *op. cit.*, pp. 136-137

¹¹³⁶ CGUE, 25 aprile 2013, causa C-212/11, *Jyske Bank Gibraltar Ltd c. Administración del Estado*, non ancora pubblicata in Racc.

¹¹³⁷ CGUE, *Jyske Bank Gibraltar Ltd c. Administración del Estado*, *cit.*, punto 81. La Corte afferma inoltre esplicitamente nella sentenza che la decisione 2000/642/GAI presenta limiti in quanto non prevede termini di cooperazione precisi determinando così un aggravio in termini di costi e tempi amministrativi nell'ambito dello scambio delle informazioni tra UIF che dovrebbe invece facilitare, punti da 73 a 79 della sentenza

¹¹³⁸ Consiglio europeo, Programma di Stoccolma, adottato in data 10-11 dicembre 2009, GU C 115 del 4.5.2010, p. 23

¹¹³⁹ Art. 5 par. 5 della decisione 2000/642/UE

¹¹⁴⁰ Convenzione del Consiglio d'Europa n° 108 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, Strasburgo, 28 gennaio 1981

¹¹⁴¹ Raccomandazione n. R (87) 15 del Comitato dei Ministri agli Stati membri tesa a regolamentare l'utilizzo dei dati a carattere personale nel settore della polizia, adottata il 17 settembre 1987

¹¹⁴² Decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, GU L350 del 30.12.2008

¹¹⁴³ Si veda, per un'analisi nel merito, il capitolo scorso

trattamento e della trasmissione dei dati da parte delle UIF avrebbe costituito un importante valore aggiunto per lo strumento, ed avrebbe probabilmente contribuito ad affrontare prima il problema a livello generale.

Sembra quindi di poter affermare che tale complessità, oltre a sollevare difficoltà dal punto di vista della coerenza del sistema e del rispetto dell'ordinamento giuridico dell'Unione, ha costituito un terreno fertile per lo sviluppo di quelle tensioni che la normativa in materia già suscita nei confronti della salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali.

2.2. Prospettive future: la nuova proposta di direttiva antiriciclaggio

Un primo tentativo di introdurre una maggiore coerenza nel quadro giuridico sulla lotta al riciclaggio è stato condotto dalla Commissione in seguito agli esiti del caso sui reati ambientali già citato¹¹⁴⁴. L'istituzione ha infatti pubblicato una comunicazione¹¹⁴⁵ nella quale sosteneva che, a fronte dell'annullamento della decisione quadro sui reati ambientali in ragione del fatto che lo stesso obiettivo –proprio della Comunità- poteva, e quindi doveva, essere perseguito tramite uno strumento di ex primo pilastro, una serie di misure adottate nella stessa logica doveva essere rivista. Tra queste figuravano, appunto, la terza direttiva antiriciclaggio e la decisione quadro del 2001.

Il quadro giuridico a cui tale comunicazione faceva riferimento è però fortemente mutato in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha, *in primis*, eliminato la struttura a pilastri. Inoltre l'art. 83 par. 1 TFUE prevede la possibilità, mediante direttive, di stabilire norme minime relative alla definizione di reati e sanzioni applicabili. In tale contesto si è poi inserita, nel febbraio 2012, un'ulteriore revisione delle Raccomandazioni del GAFI, che è andata ad innestarsi sullo studio¹¹⁴⁶ realizzato per conto della Commissione sull'applicazione della terza direttiva antiriciclaggio che ha sottolineato, oltre ad alcune criticità, una difformità di esecuzione potenzialmente pericolosa.

Su tali basi –al fine di adattare lo strumento ai cambiamenti ed evitare che le difformità di applicazione potessero condurre ad una rincorsa dei capitali alla ricerca della normativa nazionale meno esigente, e conseguentemente ad un gioco al ribasso delle stesse- nel febbraio 2013 la Commissione ha presentato una proposta¹¹⁴⁷ per l'adozione di una quarta direttiva

¹¹⁴⁴ CGUE, 13 settembre 2005, *Commissione c. Consiglio*, cit.

¹¹⁴⁵ Commissione europea, Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio in merito alle conseguenze della sentenza 13.9.2005 della Corte (C-176/03 Commissione c. Consiglio), COM(2005) 583 def., del 23.11.2005

¹¹⁴⁶ Commissione europea, Relazione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione della direttiva 2005/60/CE relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, COM(2012) 168 def., del 11.4.2012

¹¹⁴⁷ Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, COM(2013) 45 def., del 5.2.2013

antiriciclaggio¹¹⁴⁸. Questa manterrebbe come base giuridica l'attuale art. 114 TFUE sul corretto funzionamento del mercato interno e sarebbe quindi necessaria, come previsto dalla proposta stessa, l'adozione di un'altra direttiva con base giuridica nell'art. 83 che introduca un'armonizzazione del reato¹¹⁴⁹ -ed individui una definizione propria dell'Unione¹¹⁵⁰- e fissi le relative sanzioni. Sarebbe quindi mantenuto il dualismo tuttora esistente, ma, nelle intenzioni, questo verrebbe razionalizzato in modo da renderlo internamente coerente.

Nel tracciare le principali caratteristiche della nuova proposta¹¹⁵¹ si nota un ampliamento del campo di applicazione a tutto il settore del gioco d'azzardo (limitato oggi alle case da gioco), e l'inserimento esplicito dei reati fiscali nella categoria dei "reati gravi"¹¹⁵². Ancora in riferimento alle definizioni, la categoria delle persone politicamente esposte viene espansa e caratterizzata in modo molto dettagliato. Un compito inedito affidato agli Stati dalla proposta di direttiva è quello di identificare, valutare ed assumere misure di contrasto al rischio di riciclaggio, al quale andrebbe affiancato un continuo monitoraggio in modo da disporre sempre di una valutazione aggiornata del rischio (le disposizioni relative sono raccolte nella nuova sezione 2 interna al Capo I, intitolato "Disposizioni generali").

In riferimento agli obblighi di adeguata verifica della clientela, la proposta prevede, oltre all'abbassamento della soglia di controllo delle transazioni occasionali da 15000 a 7500 euro, l'inasprimento delle condizioni per l'applicazione degli obblighi semplificati, che sono ad oggi oggetto di un'attuazione secondo criteri ed intensità molto differenziati nei diversi Stati membri¹¹⁵³. Al Capo a ciò relativo ne segue uno nuovo (Capo III) dedicato alle informazioni sulla titolarità effettiva, che le società sono chiamate a raccogliere e mettere a disposizione. Il motivo dell'introduzione di tale nuovo gruppo di disposizioni è da ricercare nella denuncia di importanti difficoltà emerse in relazione all'individuazione del titolare effettivo¹¹⁵⁴ -operazione che risultava difficile applicando i parametri stabiliti dalla direttiva 2005/60/CE, che verrebbero comunque mantenuti.

¹¹⁴⁸ Unitamente ad una proposta di regolamento circa i dati da accompagnare al trasferimento di fondi, Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi, COM(2013) 44 def., del 5.2.2013

¹¹⁴⁹ Commissione europea, Relazione di accompagnamento alla proposta, COM(2013) 45 final, *cit.*, p. 2

¹¹⁵⁰ Aspetto suggerito dallo studio che ricorda come la decisione quadro 2001/500/UE richiami la Convenzione del Consiglio d'Europa del 1990, COM(2012) 168 final, *cit.*, pp. 4-5

¹¹⁵¹ Per un'analisi comparata tra le principali novità introdotte dalla proposta della Commissione e le relative disposizioni nella direttiva 2005/60/CE si veda L. STAROLA, "La proposta di IV direttiva antiriciclaggio: novità e conferme", in *Corriere tributario*, 2013, n. 15, pp. 1212-1218

¹¹⁵² Art. 3 par. 4 lett. f della proposta di direttiva COM(2013) 45 final

¹¹⁵³ Commissione europea, COM(2012) 168 final, *cit.*, pp. 7-8

¹¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 10

Passando ad analizzare il critico Capo sugli obblighi di segnalazione, in riferimento alle UIF la proposta incorpora le disposizioni della decisione 2000/642/GAI tentando di rafforzare la cooperazione ma senza tuttavia introdurre disposizioni volte a chiarire la natura o delimitare più chiaramente poteri e funzioni di questi organismi. Rimane quindi la garanzia di accesso alla banche dati nazionali per tali organismi, quale che sia la loro qualifica, fattore che costituisce un *vulnus* già affrontato in merito alla cooperazione di polizia¹¹⁵⁵.

Come si è visto, il diritto alla protezione dei dati veniva in rilievo anche in riferimento ad altre disposizioni della direttiva 2005/60/CE, il cui livello di salvaguardia in merito non risultava elevato e nemmeno soddisfacente. In riferimento alla conservazione dei dati, la proposta introduce un miglioramento in quanto fissa un termine (5 anni) oltre il quale i dati stessi devono essere cancellati. E' prevista una deroga attinente a termini diversi fissati dalle legislazioni nazionali per ragioni circostanziate attinenti alla lotta al riciclaggio, che non può comunque estendere il periodo di conservazione oltre i 10 anni totali¹¹⁵⁶. Non si trova però alcun riferimento a tali termini temporali nella valutazione d'impatto, che non è quindi stata condotta su questo aspetto.

Un discorso a parte merita poi la questione della protezione dei dipendenti di persone fisiche o giuridiche soggette alla normativa che segnalino casi sospetti di riciclaggio. La proposta inserisce l'espressione "tutte le misure atte a tutelare"¹¹⁵⁷ in sostituzione della precedente "misure appropriate per proteggere"¹¹⁵⁸, ma non aggiunge alcun elemento pratico volto a caratterizzare tale protezione. Si potrebbe a prima vista obiettare che tale scelta sia da ricondursi al fatto che il Trattato di Lisbona fornisce nuove basi giuridiche in materia di cooperazione giudiziaria penale, tra le quali alcune a finalità garantista¹¹⁵⁹, e che quindi eventuali misure in materia devono necessariamente far riferimento a queste. A ben vedere è però difficile ricondurre gli individui in esame alle categorie per i diritti delle quali l'art. 82 par. 2 TFUE prevede il ravvicinamento legislativo: non si tratta infatti in senso stretto né di persone coinvolte in procedimenti penali, né di vittime della criminalità. Inoltre, l'elemento transnazionale non è affatto scontato, ma, anzi, poiché la denuncia viene fatta in linea di principio internamente all'ente o alla UIF nazionale, ha vocazione ad essere –tranne eccezioni- assente¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁵ Si veda il cap. 4

¹¹⁵⁶ Art. 39 lett. a della proposta di direttiva COM(2013) 45 final, *cit.*

¹¹⁵⁷ Art. 37 della proposta di direttiva COM(2013) 45 final, *cit.*

¹¹⁵⁸ Art. 27 della direttiva 2005/60/CE

¹¹⁵⁹ come è stato ampiamente presentato e discusso nel relativo capitolo

¹¹⁶⁰ Tale ultima questione può essere comunque ricondotta al dibattito che si è sviluppato in merito proprio alla presenza del carattere di transnazionalità nelle misure volte a definire i diritti procedurali a livello europeo. Di tale dibattito è stato dato ampiamente conto nel capitolo relativo alla cooperazione giudiziale penale a finalità garantista (cap. 3)

Un rafforzamento della tutela della categoria di persone in esame viene però dalla sezione della proposta dedicata alle sanzioni. Questa si presenta decisamente ampliata in confronto a quella presente nella direttiva 2005/60/CE ed all'art. 58, fra i meccanismi che le competenti autorità statali devono approntare per incoraggiare la segnalazione della violazione delle disposizioni di attuazione della direttiva, sono richiamati, appunto, quelli volti alla tutela dei dipendenti che segnalino violazioni interne. Significativamente, si aggiunge a questo anche il richiamo all'adozione di meccanismi volti ad assicurare la protezione dei dati, tanto di colui che effettua la segnalazione che del sospetto colpevole, "conformemente ai principi della direttiva 95/46/CE¹¹⁶¹".

Il richiamo allo strumento è un'assoluta novità e rappresenta sicuramente un miglioramento, anche se l'articolo in esame è l'unico a contenerlo. Esso è in compenso inserito in tre considerando¹¹⁶². Il primo e il secondo rendono di fatto tutta la proposta di direttiva soggetta allo strumento, mentre il terzo richiama l'art. 13 della direttiva 95/46/CE come fonte legittimante la deroga al rispetto del diritto in esame. Ancora, al considerando n. 33 si sancisce il principio che le disposizioni della proposta di direttiva non possano derogare alla disciplina della protezione dei dati in ambito di cooperazione giudiziaria penale e di polizia, regolata dalla decisione quadro 977/2008/GAI¹¹⁶³.

Sotto il profilo del diritto alla protezione dei dati personali, la proposta rappresenta quindi un miglioramento in confronto alla direttiva 2006/50/CE, con il grande limite di mantenere accesso diretto ed immediato ai dati da parte delle UIF, la cui natura continua a non essere chiarita. In vista dell'adozione del pacchetto di riforma della disciplina sulla protezione dei dati personali¹¹⁶⁴ i riferimenti dovranno poi essere aggiornati.

Attraverso l'appello alla citata sentenza della Corte *Jyske Bank Gibraltar*¹¹⁶⁵ viene invece giustificata l'assenza di qualsivoglia intervento sulle disposizioni relative agli obblighi incombenti ai professionisti legali ed alle relative deroghe. I rilievi fatti in merito alla sentenza ed alla direttiva 2005/60/CE, che giungono a mostrare come la seconda abbia realizzato un "gioco al ribasso" nei confronti della salvaguardia del diritto ad un equo processo, manterrebbero dunque il loro valore anche in riferimento alla nuova direttiva.

Infine, la sezione della direttiva 2005/60/CE dedicata alle misure di attuazione -oggetto di critica sotto il profilo del controllo democratico- scompare in quanto tale dalla proposta di direttiva. Il fatto che quest'ultima sia molto dettagliata ha permesso infatti di limitare considerevolmente il peso

¹¹⁶¹ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, GU L 281 del 23.11.1995

¹¹⁶² Considerando n. 30,31,34 della proposta di direttiva COM(2013) 45 final, *cit.*

¹¹⁶³ Decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, GU L350 del 30.12.2008

¹¹⁶⁴ Si veda, per una presentazione, l'ultimo paragrafo del capitolo 4 del presente lavoro

¹¹⁶⁵ Commissione europea, valutazione d'impatto di accompagnamento alla proposta, COM(2013) 45 final, *cit.*, p. 8

specifico di tale intervento, che viene richiamato sotto la sezione 1 (appartenente al Capo VI) dedicata a “Procedure interne, formazione e riscontro di informazioni”. Il ruolo preponderante prima affidato alla Commissione, coadiuvata dal comitato, è qui condiviso tra la prima e le autorità europee di vigilanza del settore¹¹⁶⁶, generalmente incaricate di elaborare le proposte; le procedure relative all’adozione delle stesse sono quelle indicate per l’adozione degli atti non legislativi (atti delegati ed atti di esecuzione).

Volendo tracciare un bilancio generale della proposta sotto il profilo del rapporto con la salvaguardia di diritti e libertà fondamentali, a fronte della valutazione d’impatto che accompagna la proposta che opera un richiamo alla generale necessità di rafforzare tale dimensione in modo da promuovere un elevato livello di protezione, sembra di poter concludere che, almeno in parte, i propositi sono rispettati. Se da una parte, il miglioramento è innegabile, non si può però nascondere che, trattandosi di una misura che verrà adottata nel quadro giuridico-istituzionale tracciato dal Trattato di Lisbona, la proposta avrebbe potuto e dovuto colmare tutte le lacune lamentate. Inoltre questa deve passare al vaglio delle due componenti del legislativo e, data la tradizionale tendenza del Consiglio a “giocare al ribasso” in materia di salvaguardia dei diritti, un testo sotto questo profilo più esigente avrebbe assicurato un punto di partenza più elevato ed un maggiore spazio di manovra al Parlamento, incrementando quindi le possibilità di un esito positivo sotto il profilo interessato.

Sezione 2. Gli strumenti di tipo patrimoniale alla prova di diritti e libertà fondamentali: il diritto alla proprietà privata

Come recentemente evidenziato in ambienti “tecnici” di contrasto alla criminalità¹¹⁶⁷, per essere efficace, l’azione stessa necessita ormai chiaramente –con particolare riferimento alla criminalità organizzata- di un intervento sul versante patrimoniale. La centralità dell’intervento in tale ambito è esplicitamente riconosciuta anche dagli strumenti adottati dall’Unione in materia nel momento in cui viene affermato che “la motivazione fondamentale della criminalità organizzata transfrontaliera

¹¹⁶⁶ L’Autorità bancaria europea (EBA), l’Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (EIOPA) e l’Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA); tutte istituite tramite regolamento tra il 2009 e il 2010

¹¹⁶⁷ Si veda F. MENDITTO, “Quale futuro per le aziende sequestrate e confiscate (e per l’Agenzia nazionale)?”, in *Questione giustizia on-line*, settembre 2013, disponibile all’indirizzo: www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/articolo.php?id=203

è il profitto economico”¹¹⁶⁸. Questo deve andare ad affiancare i classici strumenti di lotta, andando a colpire i profitti criminali e rendendo quindi un duplice servizio: da un lato si elimina il frutto delle attività criminali e dall’altro si previene il perpetuamento delle stesse attraverso la sottrazione alle organizzazioni delle risorse.

Ancora più importante, però, è la funzione “processuale” delle indagini patrimoniali che precedono. Nella difficoltà, spesso insormontabile, di raccogliere materiale probatorio circa le attività economiche delle organizzazioni criminali, le tracce lasciate dai movimenti di denaro forniscono un contributo fondamentale¹¹⁶⁹.

Come anticipato, tale aspetto della lotta alla criminalità si è particolarmente sviluppato in Italia, in conseguenza della necessità di combattere il radicato fenomeno della criminalità organizzata. La normativa nazionale ha quindi vocazione a fungere da punto di riferimento per l’ordinamento dell’Unione, come emerge dalla citata relazione¹¹⁷⁰ prodotta dalla commissione CRIM del Parlamento europeo.

Appare in tutta evidenza come misure del tipo di quelle evocate costituiscano un forte motivo di tensione con il diritto alla proprietà privata, in quanto, di fatto ciò che viene realizzato è in tutto e per tutto un’espropriazione. La centralità di tale diritto per la normativa di riferimento, nonché la sua natura di diritto fondamentale di acquisizione relativamente recente, rende quindi utile e finanche necessaria la delimitazione chiara dei suoi contorni, in modo da poter consapevolmente valutare gli strumenti adottati in materia nonché segnare un potenziale percorso per quelli a venire.

La natura del diritto in esame lo porta in effetti ad essere soggetto a limitazioni, riconosciute in tutti gli ordinamenti dell’Unione, e che rendono difficile l’individuazione del punto di equilibrio tra le differenti esigenze. Ciò è tanto più vero in materia di lotta alla criminalità, in quanto la confisca dei beni e quindi la limitazione del diritto, costituisce una misura dal valore indiscusso e riconosciuto; essa è infatti un’importantissima arma di contrasto, nonché un mezzo per risarcire (almeno in piccola parte) le vittime.

L’intervento dell’Unione in materia di confisca dei frutti di reato si è caratterizzato per un’evoluzione simile a quella già vista in materia di riciclaggio dei capitali. La base di partenza

¹¹⁶⁸ Considerando 1 della decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, GU L68 del 15.3.2005

¹¹⁶⁹ Per un contributo aggiornato in materia si veda, su tutti, A. BALSAMO, V. CONTRAFATTO e G. NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, cit.

¹¹⁷⁰ Commissione CRIM del Parlamento europeo, “Criminalità organizzata, corruzione e riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere”(relazione finale), del 17 settembre 2013

della cooperazione in materia è infatti da ricercare, come anticipato, nella Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato¹¹⁷¹.

A differenza dell'ambito normativo appena analizzato, però, lo sviluppo del settore in esame è – comprensibilmente – avvenuto per intero entro i confini dell'ex terzo pilastro, fattore che ha notevolmente ritardato il suo avvio. Inoltre, la normativa dell'Unione è stata inquadrata anche dalla Convenzione di Palermo sulla criminalità organizzata¹¹⁷², a riprova della centralità che il versante patrimoniale assume per il contrasto a tale particolare fenomeno.

La decisione quadro 2001/500/GAI già richiamata in materia di lotta al riciclaggio rappresenta quindi il primo strumento adottato dall'Unione in materia, cui è seguito la decisione quadro 2005/212/GAI specificamente relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato¹¹⁷³. Esattamente poi come nel campo della lotta al riciclaggio, una proposta di direttiva¹¹⁷⁴ è attualmente al vaglio del legislatore europeo.

Va infine notato come gli effetti della confisca di beni alle organizzazioni criminali risultano incrementati nel momento in cui, come avviene –ancora una volta- in Italia¹¹⁷⁵, questi ultimi vengano adibiti ad un uso sociale. Il riutilizzo per fini sociali dell'oggetto di confisca colpisce infatti le organizzazioni criminali al cuore, rendendo manifesto come lo stesso bene possa essere alla base di uno sviluppo legale. Viene infatti così affermato “in modo concreto e visibile il principio di legalità nei luoghi in cui le mafie sono presenti, si restituiscono alla collettività i beni che costituiscono un'opportunità di sviluppo e di crescita.”¹¹⁷⁶

A livello dell'Unione tale ultimo passo non è ancora stato realizzato, ma la relazione finale della commissione speciale CRIM del Parlamento europeo¹¹⁷⁷ auspica un intervento un questo senso.

¹¹⁷¹ Consiglio d'Europa, Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, Strasburgo, 8 novembre 1990

¹¹⁷² Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata, Palermo, 12-15 dicembre 2000

¹¹⁷³ Decisione quadro 2005/212/GAI

¹¹⁷⁴ Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea, COM(2012) 85 def., del 12.3.2012

¹¹⁷⁵ La l. n. 109/96 prevede infatti il riutilizzo per fini sociali dei beni confiscati in via definitiva alle associazioni criminali. La gestione di tali beni è affidata ad un'agenzia *ad hoc* (l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata) fondata tramite d. l. 4/10 (poi convertito dalla l. 50/10). Sulle criticità emerse in merito all'operato di tale agenzia ed alle proposte avanzate per combatterle si veda F. MENDITTO, “Quale futuro per le aziende sequestrate e confiscate (e per l'Agenzia nazionale)?”, cit.; F. MENDITTO, “Quale futuro per i beni immobili sequestrati e confiscati? Proposte essenziali per ridurre le criticità esistenti”, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 settembre 2013, disponibile all'indirizzo: <http://www.penalecontemporaneo.it/materia/3-/33-/-/2510-qual-futuro-per-i-beni-immobili-sequestrati-e-confiscati-proposte-essenziali-per-ridurre-le-criticite-sistenti/>

¹¹⁷⁶ F. MENDITTO, “Quale futuro per le aziende sequestrate e confiscate (e per l'Agenzia nazionale)?”, cit., p. 3 della versione on-line

¹¹⁷⁷ Commissione CRIM del Parlamento europeo, “Criminalità organizzata, corruzione e riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere”(relazione finale), del 17 settembre 2013

La trattazione degli strumenti adottati in materia dall'Unione non può prescindere, come detto, da una presentazione del diritto alla proprietà privata, a cui verrà quindi dedicata la prima parte della sezione. Seguirà lo studio degli strumenti nell'ottica del rispetto da parte degli stessi dei diritti e libertà fondamentali.

1. Diritto alla proprietà privata: un diritto non assoluto

In ragione della sua natura economicistica e potenzialmente individualistica, il diritto alla proprietà privata non gode a livello internazionale di quel riconoscimento netto ed unanimemente diffuso che caratterizza invece il nucleo fondante dei diritti fondamentali. Vi sono infatti più strumenti internazionali di tipo pattizio che non lo contemplano¹¹⁷⁸, ed esso non figura nemmeno nel testo della CEDU. All'epoca, gli Stati non riuscirono infatti a mettersi d'accordo in tempo¹¹⁷⁹ ed è stato quindi necessario inserire il diritto in esame all'art. 1 del Protocollo addizionale n° 1¹¹⁸⁰. Tale disposizione è l'unica in tutta la Convenzione ad avere quale finalità la protezione di un diritto patrimoniale¹¹⁸¹.

Proprio la caratteristica evocata ha però fatto sì che nell'ambito dell'Unione europea -che ha tradizionalmente sviluppato la protezione dei diritti fondamentali grazie all'intervento della Corte di giustizia- il diritto in esame sia stato affermato molto presto. Ciò è legato all'originaria finalità economica¹¹⁸² dell'Unione stessa, che ha richiamato la Corte a fornire risposte in materia agli operatori del mercato¹¹⁸³.

Come per la generalità degli altri diritti fondamentali, una vera codificazione da parte dell'Unione è giunta solo con l'adozione della Carta, che vede il diritto alla proprietà privata inserito all'art. 17.

Né quest'ultima né il Protocollo addizionale presentano tale diritto come assoluto, come del resto – è noto - non lo ritengono tale i diversi ordinamenti giuridici nazionali. La Corte di giustizia, nel delimitarne i confini, ha quindi dovuto necessariamente tener conto del solco tracciato dalla Corte di Strasburgo. Prima di passare all'opera di modellamento del diritto in esame da parte del giudice

¹¹⁷⁸ Tale diritto non è, ad esempio, presente nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici né nel Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, del 1966, elaborati entrambi nell'ambito delle Nazioni Unite. Lo stesso si ritrova invece nel testo della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, firmata a Parigi il 10 dicembre 1948 (art. 17)

¹¹⁷⁹ G. RAIMONDI, "Diritti fondamentali e libertà economiche: l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo", in *Europa e diritto privato*, 2011, n. 2, p. 429; si veda anche S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, p. 801

¹¹⁸⁰ Protocollo n° 1 addizionale alla CEDU, Parigi, 20.3.1952

¹¹⁸¹ S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *op. cit.*, p. 801

¹¹⁸² Inizialmente, si ricorda, la Comunità è nata al fine di integrare i mercati del carbone e dell'acciaio (CECA)

¹¹⁸³ M. JAEGER, "Il diritto di proprietà quale diritto fondamentale nella giurisprudenza della Corte di giustizia", in *Europa e diritto privato*, 2011, n. 2, p. 352

dell'Unione, verrà quindi analizzata la ricca attività interpretativa della Corte europea dei diritti dell'uomo.

1.1. L'apporto fondamentale della Corte europea dei diritti dell'uomo

L'art. 1 del Protocollo annesso alla CEDU enuncia *in primis* ed in via generale il diritto al rispetto dei propri beni. Le frasi seguenti indicano le condizioni alle quali tale diritto può essere derogato e specificano poi che gli Stati possono intervenire sulla proprietà privata per fini di interesse generale, qui includendo la raccolta di contributi ed ammende.

L'intervento della Corte, intuibilmente richiesto per definire i limiti di deroga al diritto alla proprietà, ha però largamente interessato anche la primissima parte della disposizione in merito all'ambito di applicazione del diritto, e quindi alla definizione di "bene".

Il termine in questione ha un'accezione ben più larga di quello di "proprietà", come ricordato esplicitamente dalla Corte¹¹⁸⁴, che ne ha dato prova evidente nell'ampiezza delle fattispecie che ha ricondotto sotto l'ambito di applicazione del diritto in esame.

La Corte EDU ha infatti individuato il concetto di "bene" quale concetto autonomo, che garantisce sì il diritto di proprietà ma svincolato dal riconoscimento dello stesso (e finanche di garanzia reale¹¹⁸⁵) ai sensi del diritto interno¹¹⁸⁶. La vastità dei casi affrontati in materia ha dato modo alla Corte di esprimersi e, come anticipato, essa ha ricompreso nel concetto in esame una vasta gamma di situazioni, in continua evoluzione¹¹⁸⁷, rendendo anche difficile l'individuazione di criteri precisi¹¹⁸⁸. E' stato affermato in dottrina che il la nozione di riferimento sarebbe "l'esistenza di un diritto, od interesse, avente un valore patrimoniale", a cui possono essere affiancati i criteri relativi all'attualità ed alla determinatezza dello stesso¹¹⁸⁹.

L'attività giurisprudenziale concernente le altre due parti dell'art. 1 del Protocollo non è stata meno ricca. Esse costituiscono la fonte giuridica per le limitazioni al principio sancito al fine di perseguire l'interesse generale (definito pubblica utilità).

¹¹⁸⁴ Corte EDU, 13 giugno 1979, causa 6833/74, *Marckx c. Belgio*

¹¹⁸⁵ Corte EDU, 23 febbraio 1995, causa 15375/89 *Gasus Dosier und Foerdertechnik GmbH c. Paesi Bassi*, par. 53

¹¹⁸⁶ Corte EDU, 16 settembre 1996, causa 15777/89 *Matos e Silva Lda., e altri c. Portogallo*, par. 75. Una variazione in materia è stata recentemente introdotta dalla Corte relativamente ai diritti di credito al fine di stabilire se essi siano o meno beni tutelabili ai sensi della disposizione in esame; si veda in proposito S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *op. cit.*, pp. 805-806

¹¹⁸⁷ G. RAIMONDI, "Diritti fondamentali e libertà economiche: l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *cit.*, p. 430; si veda, per un'analisi della casistica, S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *op. cit.*, pp. 802-806

¹¹⁸⁸ S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *op. cit.*, p. 804

¹¹⁸⁹ *Ibidem*, pp. 804-805

La prima delle due è l'unica che, in tutti i documenti convenzionali di simile estrazione, menziona direttamente le persone giuridiche, che ne ricavano quindi il diritto ad agire direttamente a Strasburgo per la difesa dei propri interessi¹¹⁹⁰. La disposizione detta infatti le condizioni di liceità dell'esproprio: il fine della pubblica utilità e la conformità alla legge ed ai principi del diritto internazionale¹¹⁹¹. Se da un lato il carattere di assenza di arbitrarietà deve essere assoluto, dall'altro, l'individuazione dell'interesse generale non è altrettanto immediata. I confini di questo sono stati tracciati in modo molto ampio. La Corte ha infatti applicato, in merito, la dottrina del margine di apprezzamento¹¹⁹², lasciando così agli Stati spazio di manovra nell'identificazione delle proprie politiche. Il limite posto è che il fine pubblico identificato dalle misure statali non sia, in merito, manifestamente privo di base ragionevole¹¹⁹³. In tale ambito, quindi, solo una manifesta violazione è destinata ad essere sanzionata dal giudice di Strasburgo.

Vi è poi un aspetto che non compare nel testo della disposizione, ma è stato riconosciuto dalla giurisprudenza quale elemento implicitamente richiesto¹¹⁹⁴ e costante. Si tratta del diritto all'indennizzo¹¹⁹⁵, che concorre a rendere l'esproprio una misura proporzionata. Esso può infatti mancare solo in circostanze eccezionali, quali, ha riconosciuto la Corte, la riunificazione tedesca¹¹⁹⁶.

L'indennizzo sarebbe quindi parte del "giusto equilibrio" tra interesse collettivo e diritto individuale alla proprietà, che si sostanzia, appunto nel giudizio di proporzionalità¹¹⁹⁷. Ne consegue, come è stato fatto notare il dottrina, che il principio di proporzionalità possa essere violato anche in presenza di indennizzo¹¹⁹⁸. Con riferimento poi all'ammontare dello stesso, la Corte ha richiamato il criterio della "ragionevolezza" rispetto al valore del bene¹¹⁹⁹, che però si presta, in modo evidente, ad interpretazione. Tale scelta segue la logica del margine di apprezzamento lasciato agli Stati, e lo stesso criterio di ragionevolezza è altresì applicato al limite temporale identificato per il pagamento¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁰ G. RAIMONDI, "Diritti fondamentali e libertà economiche: l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *cit.*, p. 431

¹¹⁹¹ Si veda, per un'analisi approfondita S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *op. cit.*, pp. 811-814

¹¹⁹² S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *op. cit.*, p. 811

¹¹⁹³ Corte EDU, 21 febbraio 1986, causa 8793/79, *James e altri c. Regno Unito*, par. 46

¹¹⁹⁴ Corte EDU, 9 dicembre 1994, causa 13092/87 e 13984/88, *Santi Monasteri c. Grecia*, par. 70-71

¹¹⁹⁵ Per un'analisi approfondita della giurisprudenza della Corte EDU in merito si veda S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, pp. 814-818

¹¹⁹⁶ Corte EDU, 30 giugno 2005, causa 46720/99, 72203/01 e 72552/01, *Jahn e altri c. Germania*

¹¹⁹⁷ S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *op. cit.*, pp. 814-815.

¹¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 816

¹¹⁹⁹ Corte EDU, 8 luglio 1986, causa 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, *Lithgov e altri c. Regno Unito*, par. 122

¹²⁰⁰ Corte EDU, 24 giugno 1997, causa 19263/92, *Akkus c. Turchia*, par. 29

Va infine rilevato come la giurisprudenza occupatasi del problema dell'indennizzo abbia vissuto evoluzioni differenti, riconducibili –è stato identificato in dottrina- a due filoni abbastanza distinti¹²⁰¹. Un primo tende appunto, come indicato, a garantire l'indennizzo e quindi a far prevalere il diritto individuale alla proprietà; il secondo tende invece ad evidenziare la “funzione sociale della proprietà”¹²⁰² e, introducendo nel giudizio elementi differenti dal puro calcolo del valore materiale del bene, ha, dal caso *Longobardi c. Italia*¹²⁰³, fatto prevalere l'interesse della collettività.

Prendendo in considerazione, da ultimo, il terzo paragrafo dell'art. 1 del Protocollo, esso specifica che gli Stati possono applicare leggi di regolamentazione dell'uso dei beni al fine di tutelare l'interesse generale o di assicurare il pagamento di imposte, tributi o ammende.

La formulazione farebbe pensare ad una clausola di salvaguardia per i poteri statali, volta a limitare quindi il diritto alla proprietà dei singoli. L'interpretazione proposta dal giudice di Strasburgo ha invece mostrato un atteggiamento garantista nei confronti degli individui, applicando alla norma controlli alla luce dei principi di legalità e di proporzionalità¹²⁰⁴.

1.2. L'affermazione del diritto nel quadro giuridico dell'Unione: la Corte di giustizia

Nell'ordinamento dell'Unione, la regolamentazione della proprietà è stata lasciata per esplicita menzione al potere sovrano statale già nel Trattato CECA, e tale impostazione è tuttora mantenuta per il tramite dell'art. 295 TFUE. La tutela della proprietà costituisce poi motivo di deroga all'applicazione di norme di libera circolazione delle merci e quindi di concorrenza.

Il diritto positivo al rispetto della proprietà dei singoli è però stato introdotto nel diritto dell'Unione per il tramite dell'operato della Corte di giustizia, che, come spesso è accaduto per i diritti fondamentali, ne ha tracciato i confini che sono poi stati codificati nella Carta.

¹²⁰¹ Per una presentazione più vasta della giurisprudenza relativa si veda G. RAIMONDI, “Diritti fondamentali e libertà economiche: l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo”, *cit.*, pp. 432-434

¹²⁰² G. RAIMONDI, “Diritti fondamentali e libertà economiche: l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo”, *cit.*, p. 432

¹²⁰³ Corte EDU, 26 giugno 2007, causa 7670/03, *Longobardi c. Italia*. La Corte ha, nel caso richiamato, ritenuto che non vi fosse violazione del diritto alla proprietà nonostante l'assenza di indennizzo. Il ricorso era stato presentato dai proprietari di un terreno dichiarato inedificabile in ragione del fatto che si trovava nei pressi di un monumento storico del quale una costruzione avrebbe coperto la vista; alla base del ricorso stesso vi era il fatto che la normativa nazionale non prevedesse alcun indennizzo. La Corte ha giudicato che, poiché i proprietari non avevano mai manifestato l'intenzione di edificare il terreno, l'ingerenza statale non era sproporzionata nemmeno in mancanza di indennizzo.

¹²⁰⁴ Si veda, per un'analisi approfondita della giurisprudenza in parola, S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *op. cit.*, pp. 818-823

I due casi che hanno segnato l'introduzione del diritto in esame nell'ordinamento dell'Unione sono i casi *Nold*¹²⁰⁵ e *Hauer*¹²⁰⁶.

Il primo dei due casi riguardava un ricorso nei confronti di una decisione della Commissione che impediva, di fatto, ad un rivenditore di carbone di agire in qualità di grossista, in ragione delle condizioni imposte per l'acquisto dal produttore. La Corte ha esaminato la questione prendendo in considerazione “un diritto assimilabile al diritto alla proprietà” –nonché il diritto al libero esercizio delle attività economiche¹²⁰⁷.

Il giudice di Lussemburgo ha quindi ricompreso esplicitamente il diritto di proprietà tra i diritti fondamentali, in qualità di principio generale del diritto, tramite il richiamo alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed al Protocollo annesso alla Convenzione. In questo modo, quest'ultimo è stato anche incluso, a fianco della CEDU, tra le fonti che fungono da parametri di riferimento per l'evoluzione del diritto dell'Unione.

Già in questa prima occasione, la Corte ha però specificato la non assolutezza del diritto in esame, dichiarando che esso va considerato “alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività oggetto della tutela”. Vi è un interesse pubblico che può prevalere sugli stessi, che, traslato nell'ambito dell'Unione, viene ad assumere l'aspetto degli obiettivi di interesse generale propri dell'Unione; il giudice di Lussemburgo ha comunque ricordato che tali limitazioni non possono spingersi fino a ledere il diritto in parola nei suoi elementi sostanziali¹²⁰⁸.

Il secondo caso, il caso *Hauer*, ha dato modo alla Corte di delineare ulteriormente i contorni del diritto di proprietà, e più nello specifico delle restrizioni allo stesso consentite, nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione. La causa aveva ad oggetto la compatibilità di un regolamento con il diritto richiamato –in particolare come sancito dalla Legge fondamentale tedesca.

La Corte, dopo aver richiamato i tratti dell'art. 1 del Protocollo, affermava l'insufficienza della lettera di tale disposizione a risolvere la controversia nel caso di specie¹²⁰⁹. Riprendendo l'analisi affrontata dall'Avvocato generale, la Corte ha quindi definito la portata della salvaguardia del diritto di proprietà nell'ordinamento comunitario, basandosi sull'analisi comparativa delle norme costituzionali dei sei Stati che componevano la Comunità all'epoca.

Nelle sue conclusioni l'Avvocato generale ha identificato tre componenti costanti delle diverse discipline costituzionali nazionali concernenti il diritto di proprietà: la garanzia della proprietà privata, protetta contro violazioni arbitrarie; la possibilità di esproprio in ragione dell'interesse

¹²⁰⁵ CGUE, 14 maggio 1974, causa C-4/73, *Nold c. Commissione*, in Racc. 1974, p. 491 e segg.

¹²⁰⁶ CGUE, 13 dicembre 1979, causa C-44/79, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, in Racc. 1979, p. 3727 e segg.

¹²⁰⁷ CGUE, *Nold c. Commissione*, cit., punto 12

¹²⁰⁸ CGUE, *Nold c. Commissione*, cit., punto 14

¹²⁰⁹ CGUE, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, punto 19

generale ed in presenza di indennizzo; la possibilità di determinare per legge limiti all'utilizzo della proprietà. Questi rappresentano anche quanto sancito dal Protocollo addizionale, e, sulla base di tale duplice fonte, l'AG ha assicurato al diritto in esame completa tutela nell'ordinamento dell'Unione¹²¹⁰.

La Corte ha quindi approfondito il versante della tutela dell'interesse generale quale motivo di deroga al rispetto del diritto, affermando che l'ingerenza non può comunque essere inaccettabile e sproporzionata, tale da ledere la sostanza dello stesso (riprendendo così quanto precedentemente affermato)¹²¹¹. Il principio di proporzionalità assume quindi la funzione di bilanciamento tra i contrastanti interessi del singolo e della collettività¹²¹².

A ben vedere, però, nel caso in esame né l'Avvocato generale né il giudice dell'Unione hanno proposto una lettura autonoma del diritto in esame nell'ordinamento dell'Unione. Nonostante ciò, la giurisprudenza successiva della Corte di giustizia ha mostrato un qualche grado di autonomia di giudizio, prendendo inclinazioni parzialmente diverse da quelle espresse dalla Corte di Strasburgo¹²¹³. Le differenze si riscontrano in particolare sotto tre profili, uno per ognuna delle tre componenti del diritto di proprietà sopra richiamate.

Innanzitutto il campo di applicazione del concetto di bene ha, per la Corte di giustizia, confini più stretti. Gli interessi economici maturati precedentemente al periodo di integrazione non sono stati considerati alla stregua di beni ai fini della salvaguardia del diritto di proprietà nel precitato caso *Nold*. Il principio è stato chiarito in riferimento alle quote di mercato¹²¹⁴, e poi esteso a quelle di produzione. A quest'ultima situazione sono ascrivibili i casi che vedono le misure oggetto di contestazione concernere unicamente la commercializzazione del prodotto¹²¹⁵ e non l'uso della

¹²¹⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Capotorti dell'8 novembre 1979, causa C-44/79, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, cit., p. 3760

¹²¹¹ CGUE, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, punto 23

¹²¹² ruolo che ha successivamente largamente ricoperto nella giurisprudenza della Corte sui diritti fondamentali in generale

¹²¹³ Per una presentazione esaustiva delle principali differenze tra le due Corti, si veda M. JAEGER, "Il diritto di proprietà quale diritto fondamentale nella giurisprudenza della Corte di giustizia", *op. cit.*, pp. 355-358

¹²¹⁴ Si tratta della sentenza del 5 ottobre 1994, causa C-280/93, *Germania c. Consiglio*, in Racc. 1994, p. I-4973 e segg., che riguardava quote di mercato possedute dai produttori di banane in un momento precedente all'organizzazione comune dei mercati. La Corte ha negato a tale interesse economico la tutela in conseguenza del diritto di proprietà (punti da 78 a 80)

¹²¹⁵ La Corte si è più volte trovata davanti cause riconducibili alla situazione richiamata, in cui veniva messa in dubbio la compatibilità della normativa UE con il diritto in esame, in ragione del fatto che esse introducevano modifiche alle quote di produzione soggette a regimi particolari (vantaggiosi) di commercializzazione. E' il caso, ad esempio della sentenza del 27 settembre 1979, causa 230/78, *SpA Eridania - Zuccherifici nazionali e SpA Società italiana per l'industria degli zuccheri c. Ministro per l'agricoltura e le foreste, Ministro per l'industria, il commercio e l'artigianato e la SpA Zuccherifici meridionali*, in Racc. 1979, p. 2749 e segg., punti 21-22

proprietà in riferimento a siti e mezzi di produzione¹²¹⁶. La Corte EDU ha, al contrario, riconosciuto la qualifica di beni immateriali –e quindi soggetti a protezione- alla clientela ed allo sfruttamento di licenze commerciali¹²¹⁷.

La seconda differenza si riscontra in merito ai criteri che portano a definire la privazione di un bene come illegittima. I criteri molto precisi che rendono illegittima la privazione di un bene nella giurisprudenza della Corte EDU¹²¹⁸ non si riscontrano in quella della Corte di Lussemburgo. Non è quindi evidente come nel regime della Convenzione, cosa possa essere considerato misura di esproprio.

Un ultimo punto di differenziazione concerne l'utilizzo che è stato fatto dalle due Corti dell'ultimo componente del diritto alla proprietà privata. Se, come precedentemente indicato, il giudice della Convenzione ha usato il dispositivo a difesa del singolo, lo stesso non si può dire per il giudice dell'Unione. Quest'ultimo ne ha infatti dato una lettura che legittima in modo più deciso l'intervento dello Stato. Nel caso in cui, infatti, la misura in esame sia ritenuta la più appropriata per il raggiungimento dell'obiettivo, il criterio della proporzionalità viene ritenuto automaticamente soddisfatto – senza che si sia proceduto ad operare un reale bilanciamento degli interessi basato sullo studio degli effetti della misura stessa sul singolo.

L'analisi condotta e, soprattutto, il confronto tra l'atteggiamento delle due Corti costituisce un forte campanello di allarme per l'Unione ed il suo sistema di salvaguardia dei diritti fondamentali. La mancanza –anche in ragione della ritrosia della Corte di Giustizia ad individuare criteri autonomi- di una definizione propria, chiara ed univoca, del diritto in esame è già di per sé negativa. Ciò è sicuramente in parte riconducibile al tentativo di non discordarsi dal percorso tracciato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, anche in vista dell'ormai prossima adesione dell'UE alla CEDU. Nel momento in cui, però, il giudice di Lussemburgo rischia di non assicurare nemmeno quel livello minimo di salvaguardia e certezza del diritto che viene garantito appunto dalla Corte di Strasburgo, la situazione assume una gravità evidentemente di primissima rilevanza.

¹²¹⁶ Si veda CGUE, 18 marzo 1980, cause riunite cause riunite C-154/78, C-31/79, C-39/79, C-83/79, C-85/79, C-205/78, C-206/78, C-226/78, C-227/78, C-228/78, C-263/78, C-264/78, *SpA Ferriera Valsabbia e altri c. Commissione*, in Racc. 1980, p. 907 e segg., punto 89

¹²¹⁷ M. JAEGER, "Il diritto di proprietà quale diritto fondamentale nella giurisprudenza della Corte di giustizia", *op. cit.*, p. 356

¹²¹⁸ Che presenta la privazione di un bene come lo spossessamento definitivo e completo di un diritto o interesse ricompreso nella definizione di bene, che comporta l'estinzione del legame giuridico tra soggetto e bene stesso

2. La confisca di beni e proventi di reato a livello dell'Unione

La storia della normativa dell'Unione in materia di confisca di beni e proventi di reato ha origini molto recenti. Si tratta infatti di una modalità di intervento sviluppatasi relativamente tardi anche a livello nazionale e che presenta, inoltre, differenze significative da paese a paese. Va però sottolineato come, benché in modo meno immediatamente evidente rispetto al tema del riciclaggio, anche in questo caso la dimensione transnazionale emerge naturalmente. E' infatti intuibile come sia più semplice nascondere beni proventi frutto di reati spostandoli in un altro Stato, ma l'azione coordinata in materia è giunta, come detto, tardivamente.

Come nel caso del riciclaggio comunque, i primi passi in questa direzione sono da ricercare in ambito di Consiglio d'Europa, ed in particolare nella Convenzione del 1990 richiamata anche per le misure antiriciclaggio. La già citata decisione quadro 2001/500/GAI, ha poi incorporato le parti relative nel sistema dell'Unione senza però apportare un valore aggiunto significativo al di là del ravvicinamento dei tipi di reato (sulla base della gravità delle pene inflitte) per cui le misure di confisca devono essere introdotte e della possibilità di confiscare beni alternativi nel caso in cui non sia possibile agire direttamente sui proventi di reato¹²¹⁹.

Successivamente la questione è stata affrontata nuovamente in ambito internazionale dalla Convenzione ONU di Palermo del 2000 contro la criminalità organizzata. Questa, oltre a prevedere che ogni Stato adotti misure finalizzate al sequestro ed alla confisca di proventi, beni e strumenti di reato (art. 12), ha anche richiamato l'attenzione sulla necessità dello sviluppo di una cooperazione in materia tra Stati (art. 13), individuandone i caratteri base.

Risale invece solo al 2005 un primo tentativo di normativa autonoma dell'Unione, con l'adozione della decisione quadro dedicata, la 2005/212/GAI¹²²⁰, a cui si affiancano strumenti volti al mutuo riconoscimento in materia. Si tratta della decisione quadro relativa all'esecuzione delle decisioni di blocco dei beni o di sequestro probatorio¹²²¹ e di quella relativa all'applicazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni nazionali di confisca¹²²². Nel 2012 è invece stata proposta una direttiva che andrebbe a sostituire il primo degli strumenti richiamati.

L'analisi degli stessi –condotta con particolare attenzione alle tensioni che essi creano con diritti e libertà fondamentali- sarà oggetto dei prossimi paragrafi.

¹²¹⁹ Artt. 2-3 della decisione quadro del 2001/500/GAI

¹²²⁰ Decisione quadro 2005/212/GAI

¹²²¹ Decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 2 agosto 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, GU L 196 del 2.8.2005

¹²²² Decisione quadro 2006/783/GAI del Consiglio, del 6 ottobre 2006 relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni nazionali di confisca, GU L 328 del 24.11.2006

2.1. Le decisioni quadro concernenti la confisca

La compenetrazione tra la normativa concernente il riciclaggio e la confisca emerge anche ad una prima analisi della decisione quadro 2005/212/GAI relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato. Questa richiama, infatti, nei considerando, le conclusioni del Consiglio di Tampere che legano inscindibilmente i due aspetti presentando la confisca dei capitali come principale strumento di lotta al riciclaggio. Nelle stesse conclusioni era conseguentemente anche presente l'auspicio di un ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia¹²²³.

Proprio la mancanza di un'azione incisiva in questo senso da parte degli Stati membri e l'insufficienza della decisione quadro 2001/500/GAI già richiamata, sono alla base dell'adozione della decisione quadro del 2005.

Questa individua, oltre ad altri casi, due campi particolari in cui gli Stati sono chiamati ad adottare necessariamente misure per la confisca di beni; si tratta dei casi in cui la persona oggetto del provvedimento sia stata condannata per un reato connesso alla criminalità organizzata o al terrorismo (art. 3 par. 1). Ancora una volta, quindi, spicca l'importanza dell'azione in esame per la lotta al crimine organizzato.

Importante novità è costituita dall'introduzione dei cosiddetti "poteri estesi di confisca" che consentono di operare la confisca di beni al di là di quelli direttamente frutto di reato in questione, nel caso di condanna della persona per reati particolari. Si tratta di reati considerati particolarmente gravi ed il primo riferimento è proprio ad una serie di reati commessi nel quadro di un'organizzazione criminale. La formulazione adottata dalla decisione quadro in merito prevede tale tipo di confisca in tre casi differenti, secondo le valutazioni contingenti del giudice *a quo*, fattore che ha reso inevitabilmente composita l'attuazione della disposizione¹²²⁴.

La decisione quadro, al pari degli altri strumenti di cooperazione giudiziaria penale precedentemente presi in esame, presenta una "clausola di salvaguardia" dei diritti fondamentali. Si afferma infatti (art. 5) che la stessa lascia inalterato l'obbligo di rispettare i diritti e principi fondamentali come sanciti dall'art. 6 del TUE, ed un richiamo specifico viene fatto al diritto alla presunzione di innocenza.

La presunzione di innocenza viene richiamata anche al considerando n° 11, assieme al diritto di proprietà, la libertà di associazione, la libertà di stampa e quella di espressione in generale. In questo caso, però, il riferimento non è ai diritti condivisi ed al Trattato, quanto ai principi

¹²²³ Consiglio europeo di Tampere 15-16 ottobre 1999, Conclusioni della Presidenza, punto 55

¹²²⁴ Ciò è confermato nel *memorandum* esplicativo di accompagnamento alla nuova proposta di direttiva in materia, che verrà successivamente presentata. Commissione, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 marzo 2012, relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea, COM(2012) 85 def., p.11

fondamentali dei singoli Stati membri, per come essi sono applicati in ciascuno di essi. Ciò mostra come il legislatore non avesse ancora la percezione di un nucleo di diritti europei chiaro e definito al punto da far riferimento unicamente a questi, ma riconoscesse invece che gli stessi godevano di livelli e sfumature di applicazione differenti da Stato a Stato.

Il diritto alla salvaguardia della proprietà privata, benché rilevante in modo evidente, non viene quindi chiamato in causa nell'articolato della decisione quadro e l'unico riferimento in merito si trova nel considerando citato sopra. Ciò conferma quindi la mancanza di una nozione autonoma dell'Unione e condivisa di tale diritto, aspetto non trascurabile nel momento in cui essa vuole legiferare in materia di confisca dei beni.

Incoerente con tale realtà è la struttura degli strumenti di mutuo riconoscimento adottati in materia. La decisione quadro 2006/783/GAI relativa al mutuo riconoscimento delle decisioni di confisca, che segue la struttura del mandato d'arresto¹²²⁵, non contempla la protezione del diritto alla proprietà privata tra i motivi di rifiuto all'esecuzione. Ancora un volta risulta evidente come la combinazione dell'assenza di un profilo di garanzie condiviso e l'assenza di un richiamo ai diritti tutelati dagli Stati possa risultare in un vuoto di protezione.

Tra i motivi di rifiuto all'esecuzione di una decisione di confisca non vi è poi alcun accenno alla salvaguardia dei diritti fondamentali in generale, ad esclusione del riferimento al principio del *ne bis in idem*¹²²⁶ e di quello a privilegi ed immunità speciali accordate dall'ordinamento dello Stato di esecuzione. Per quanto riguarda poi la tutela davanti alla legge per i soggetti destinatari delle misure di confisca, l'art. 4 afferma che deve essere assicurata, ma viene interamente lasciata agli ordinamenti degli Stati membri la definizione di modi e mezzi.

Emergono quindi con chiarezza anche in riferimento agli strumenti richiamati le debolezze già sottolineate in merito agli altri atti afferenti alla cooperazione giudiziaria penale. Non a caso, la relazione¹²²⁷ stilata nel 2010 dalla Commissione in merito alla verifica dell'applicazione della decisione quadro 2006/783/JAI individua gli stessi problemi; essi si riferiscono quindi, in particolare, ai motivi di non riconoscimento ed esecuzione delle decisioni di confisca.

E' quindi evidente che una definizione condivisa del diritto alla proprietà privata sarebbe senza dubbio di grande importanza sotto molti punti di vista, a partire proprio dall'operatività delle misure di mutuo riconoscimento. Inoltre, intorno a tale diritto si è sviluppato un acceso dibattito, in vista

¹²²⁵ In particolare in riferimento all'utilizzo di un modulo unico in tutta l'Unione ed all'abolizione della doppia incriminabilità per il 32 reati già individuati nella decisione quadro sul MAE

¹²²⁶ Una parziale modifica in questo senso è stata introdotta dalla decisione quadro 2009/299/GAI, che regola e rafforza i diritti processuali degli imputati in riferimento alle sentenze *in absentia*

¹²²⁷ Commissione europea, Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 23 agosto 2010, ai sensi dell'articolo 22 della decisione quadro 2006/783/GAI del Consiglio, del 6 ottobre 2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, COM(2010) 428 def.

della definizione di un nuovo strumento volto a definire una reale disciplina comune in materia di confisca.

2.2. La nuova proposta di direttiva: verso un approccio realmente integrato di lotta alla criminalità?

Le difficoltà incontrate nella cooperazione tra gli uffici dei diversi paesi nonché quelle riscontrate nel riconoscimento reciproco delle sentenze di confisca hanno condotto la Commissione a presentare, nel 2012, una proposta per una nuova direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei beni e proventi di reato nell'UE¹²²⁸.

Tale intervento, oltre ad essere stato preannunciato dalla Commissione stessa all'interno della comunicazione sulla strategia di sicurezza interna dell'UE¹²²⁹, era stato caldeggiato dal Parlamento europeo nella relazione sulla criminalità organizzata adottata nel 2011¹²³⁰. Questa poneva l'attenzione, in particolare, su due aspetti importanti, ma proprio per questo anche divisivi e di difficile accordo. Si tratta dell'introduzione della confisca anche in assenza di condanna e della possibilità di confiscare beni intestati a terzi, e quindi perseguire anche i prestanome. A tali punti, si aggiunge l'auspicio della pronta introduzione di una legislazione europea concernente il riutilizzo a fini sociali dei beni confiscati.

La nuova proposta sfrutta la base giuridica introdotta con il Trattato di Lisbona, l'art. 83 TFUE, che –come già presentato- permette l'adozione di norme minime nell'ambito del diritto penale sostanziale. Riprova delle effettive opportunità offerte dal nuovo quadro giuridico è il fatto che i due grandi spunti di novità indicati dal Parlamento nella sua relazione del 2011 hanno entrambi trovato posto nella proposta di direttiva.

Questa introduce, innanzitutto, una semplificazione in riferimento ai poteri estesi di confisca. Come visto, la normativa precedente era molto articolata e ha dato quindi adito ad implementazioni di tipo differente, fattore che complica necessariamente il mutuo riconoscimento di provvedimenti di confisca tra Stati membri. Secondo la proposta i poteri estesi di confisca possono essere utilizzati nel caso in cui l'autorità giudiziaria accerti che il condannato è in possesso di beni che siano, con tutta probabilità, originati da attività criminali di natura o gravità analoga (art. 4). Vengono esclusi i casi in cui tali attività non abbiano potuto esser fatte oggetto di processo in ragione dei termini di

¹²²⁸ Commissione, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 marzo 2012, relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea, COM(2012) 85 definitivo

¹²²⁹ Commissione europea, Comunicazione "La strategia di sicurezza interna dell'UE in azione", COM (2010) 673 definitivo del 22.11.2010

¹²³⁰ Relazione del Parlamento europeo sulla criminalità organizzata nell'Unione europea, del 25.10.2011 (2010/2309(INI)), punti 8 e 9

prescrizione e quelli in cui i beni in questione siano il frutto di reati per cui il condannato sia già stato giudicato (in applicazione del principio del *ne bis in idem*).

Quello esposto costituisce, insieme agli altri due preannunciati, uno degli aspetti più dibattuti, e, soprattutto, tutti e tre sono suscettibili di determinare tensione nei confronti del rispetto dei diritti fondamentali –e costituiscono dunque materiale utile alla presente analisi.

La disposizione che introduce la possibilità di confisca anche in assenza di condanna rappresenta sicuramente la più controversa da tutti i punti di vista, tanto che la proposta la prevede unicamente in riferimento a circostanze fortemente limitate. Si tratta dei casi in cui la persona non possa essere processata fino a giungere alla condanna a causa di decesso, malattia o fuga della stessa (art. 5).

Si aggiunge a questa la confisca nei confronti di terzi, che interviene però solo nel caso in cui si verifichi una doppia condizione. La confisca di beni nei confronti della persona primariamente interessata non deve poter soddisfare quanto necessario e i beni siano stati trasferiti in cambio di un importo inferiore al loro valore di mercato; la seconda di queste due condizioni serve a verificare che la persona terza potesse avere, quando non la consapevolezza, almeno un forte sospetto circa l'origine illecita dei beni in questione o circa il fatto che all'origine del trasferimento vi fosse proprio il tentativo di eludere la confisca (art. 6).

Evidente è il rischio che siffatte disposizioni costituiscono per i diritti fondamentali, con particolare riferimento ai diritti connessi all'equo processo ed alla salvaguardia della proprietà privata (nonché, in parte, alla protezione dei dati personali). Se la Corte di giustizia, per evidenti motivi, non ha ancora avuto modo di esprimersi in materia, il giudice di Lussemburgo è stato chiamato ad affrontare la questione in diversi casi.

La giurisprudenza in materia concerne proprio il problema dell'ipotetica violazione dei diritti fondamentali richiamati da parte di legislazioni nazionali che, come quella italiana, prevedono la confisca preventiva. Centrale per l'analisi è proprio il caso *Raimondo c. Italia*, in occasione del quale la Corte ha affermato che misure come quella richiamata sono legittime, benché limitino il diritto alla proprietà privata, in quanto necessarie e proporzionate per lottare contro il fenomeno mafia¹²³¹. La criminalità organizzata viene quindi riconosciuta come una minaccia particolarmente grave, al punto da fondare la limitazione del diritto fondamentale alla proprietà privata sulla base del secondo paragrafo del relativo articolo della CEDU.

In particolare le misure di confisca senza condanna e nei confronti di terzi costituiscono tra i pochi mezzi realmente efficaci di fronte alle organizzazioni malavitose, contro le quali è molto difficile raccogliere prove e che dispongono di ramificazioni e contatti in grado di occultare facilmente beni e proventi di reato. Misure del genere, che sono quindi assolutamente utili, necessitano però di

¹²³¹ Corte EDU, 22 febbraio 1994, causa 12954/87, *Raimondo c. Italia*, par. 30

essere accompagnate da garanzie chiare e comuni al fine di renderle attuabili negli Stati membri, e da non permettere che gli standard di tutela fissati dall'Unione siano bassi.

Nel testo della Risoluzione¹²³² preparata dalla commissione CRIM che il Parlamento ha adottato il 23 ottobre 2013, oltre a mantenere le due disposizioni presentate, è stato poi aggiunto –ancora una volta- un incoraggiamento agli Stati membri ad introdurre il riutilizzo a finalità sociali dei beni confiscati¹²³³. La Risoluzione è un documento di indirizzo di ampio respiro, che va a toccare tutti gli aspetti connessi ad una moderna lotta alla criminalità organizzata. Non a caso, quindi, gli aspetti patrimoniali occupano un posto importante, e rappresentano la seconda sezione di misure, sia dal punto di vista dell'ordine in cui sono presentate, che dal numero di disposizioni relative.

Significativo è però il fatto che al primo posto si trovino le misure volte a costituire un quadro legislativo omogeneo dal punto di vista della protezione ed assistenza alle vittime. Le due dimensioni di repressione e salvaguardia dei diritti sono quindi pienamente integrate, e non solo in quanto presenti nello stesso documento. I diritti dell'individuo emergono infatti in ogni parte della Risoluzione e sono integrate nelle misure di contrasto. In riferimento alle disposizioni che riguardano proventi e beni delle organizzazioni criminali, il diritto di proprietà ed i diritti di difesa sono menzionati come limite all'azione di contrasto e, in particolare, alla confisca preventiva, applicabile “solo a seguito di decisione dell'autorità giudiziaria” (art. 28).

La Risoluzione costituisce quindi, da tutti i punti di vista, un documento sicuramente avanzatissimo, e può quindi essere considerato la base ideale per lo sviluppo di una normativa coerente ed efficace. Essa deve comprendere e propugnare la salvaguardia dei diritti fondamentali, non in modo funzionale allo sviluppo di una migliore cooperazione a finalità repressiva, bensì quale parte fondante di un sistema unico di libertà, sicurezza e giustizia.

¹²³² Risoluzione del Parlamento europeo del 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere (relazione finale) (2013/2107(INI))

¹²³³ Art. 33 della Risoluzione.

Conclusioni preliminari – Parte II

La condivisione di informazioni e dati risulta essere, con tutta evidenza, centrale per l'azione di contrasto alla criminalità. Tanto l'intervento sui capitali (con particolare riferimento alla normativa anti-riciclaggio) quanto la cooperazione di polizia si basano infatti principalmente proprio sulla conoscenza data dagli scambi tra autorità competenti. Se ciò è vero a tutti i livelli, lo è a maggior ragione in riferimento alla cooperazione di polizia a livello dell'Unione, che si caratterizza per la natura a forte prevalenza non operativa.

Risulta quindi evidentemente necessario introdurre una chiara disciplina in materia di trattamento dei dati, al fine di assicurare il rispetto del diritto alla salvaguardia dei dati personali. Benché infatti si tratti di un diritto non assoluto, ed, anzi, proprio in ragione di ciò, è necessario che vengano identificati criteri atti a stabilire la sua concreta applicazione, e quindi a che punto possa giungere la sua compressione. L'utilizzo della tecnologia permette infatti di raccogliere e diffondere anche dati estremamente sensibili come quelli biometrici e relativi all'identità etnica e sessuale, fattore che, oltre a costituire un rischio immediato per il rispetto del diritto in esame, può facilmente prefigurare la violazione di altri diritti fondamentali, attraverso l'uso improprio delle informazioni stesse.

Nell'ambito della cooperazione di polizia in particolare, nel momento in cui le banche dati possono essere utilizzate come vero e proprio strumento di indagine, c'è il rischio che si prestino, per la prevenzione del crimine - anche su emulazione di analoghi atteggiamenti già adoperati negli Stati Uniti - ad attività di *profiling*, con conseguente violazione dei diritti dell'individuo. Il diritto alla non discriminazione è quindi fra i primi ad essere posto in tensione. Lo sviluppo dei principali strumenti di cooperazione di polizia esternamente al quadro giuridico dell'Unione - il riferimento è tanto a Schengen quanto a Prüm - ha notevolmente esacerbato i rischi che da essa derivano per la salvaguardia di diritti e libertà, e l'incorporazione degli stessi nel quadro giuridico dell'Unione senza che siano state apportate modifiche in questo senso rimane un *vulnus* considerevole.

Benché molto tardivamente, l'importanza di salvaguardare il diritto alla protezione dei dati personali è stata ampiamente riconosciuta come dimostra l'introduzione dell'articolo 16 TFUE, ma le azioni volte a garantirlo all'atto pratico sono al momento, specialmente nell'area interessata, fortemente insufficienti. Il fatto che il pacchetto di riforma presentato dalla Commissione continui a prevedere due strumenti diversi per politiche di tipo diverso e che proprio il trattamento dei dati nei settori rilevanti per la lotta alla criminalità sia soggetto ad un'armonizzazione minore non costituiscono certo segnali positivi.

La stessa mancanza di attivismo da parte dell'Unione si riscontra nell'ambito di una definizione chiara dei limiti al diritto al rispetto della proprietà privata. Questi possono essere individuati ad

oggi precipuamente da parte della Corte di giustizia, ma l'intervento sui capitali è una parte fondamentale della lotta alla criminalità, che acquisisce riconoscimento crescente, ed è quindi auspicabile che la questione dell'individuazione di parametri comuni venga presa in considerazione anche da parte del legislatore europeo.

L'attuale normativa, tanto in materia di antiriciclaggio, quanto di confisca dei beni è in ogni caso obsoleta, e non particolarmente più incisiva di quella stabilita a livello internazionale. Lo stadio di integrazione raggiunto dall'Unione, nonché le opportunità fornite dal nuovo quadro istituzionale permetterebbero quindi una revisione che conduca ad un'azione incisiva che ponga al tempo stesso al riparo i diritti individuali. Con particolare riferimento alla confisca dei beni, che necessariamente ed a ragione comprime il diritto alla proprietà privata, l'apporto dell'esperienza italiana può risultare significativo, tanto dal punto di vista dell'efficacia delle misure, che da quello della disciplina più complessiva. Il riutilizzo a fini sociali dei beni confiscati alle organizzazioni malavitose costituisce infatti un importante valore aggiunto, in quanto, come esplicitato nel corso dell'analisi, permette da un lato di risarcire (almeno in parte) la società, e, dall'altro, di minare alla base il terreno nel quale le organizzazioni prosperano, mostrando come gli stessi beni possono essere utili alla comunità tramite un utilizzo legale.

Sotto entrambi i profili di azione anticrimine richiamati in merito ai capitali, la Risoluzione del Parlamento europeo del 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro¹²³⁴ costituisce senza dubbio un documento molto attuale, che potrebbe costituire una buona traccia per le azioni future. Ancora una volta, quindi, la possibilità di arrivare a definire un'azione di lotta alla criminalità coerente e rispettosa dei diritti e delle libertà individuali è principalmente nelle mani degli Stati membri, posto che i Trattati delineano un quadro giuridico adeguato.

Si rimarca invece come ciò non sia completamente vero in riferimento alla cooperazione di polizia; questa continua infatti a rimanere ad un livello molto embrionale, che permette anche il prevalere di una visione autonoma da parte di ciascuno Stato, visione che, in mancanza di un coordinamento – in riferimento all'identificazione delle autorità che possono trattare i dati raccolti come alle modalità di trattamento degli stessi - può facilmente andare a detrimento della salvaguardia dei diritti individuali.

Va poi aggiunto che la Corte di giustizia si è generalmente affiancata ai canoni interpretativi individuati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in riferimento ad entrambi i diritti presi in esame: se da un lato ciò è valutabile positivamente (anche in vista di una prossima adesione

¹²³⁴ Risoluzione del Parlamento europeo del 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere (relazione finale) (2013/2107(INI))

dell'Unione alla CEDU), dall'altro determina il fatto che l'Unione fatichi a porsi come soggetto autonomo.

Infine, una normativa precisa e garantista in materia di protezione dei dati personali è assolutamente necessaria per ovviare ai rischi determinati dal carattere transnazionale dello scambio dei dati, e per indirizzare in particolare la cooperazione di polizia verso un approccio che si tenga lontano da quello effetto della spinta *securitaria* che ancora rischia di prevalere. Tale problema è fortemente sentito anche dai cittadini europei da quando, recentemente, è entrato a far parte del dibattito pubblico. Il richiamo è, in questo caso, non solo all'idea di istituire un PNR europeo, ma anche ai fatti di cronaca che riguardano la raccolta di dati da parte degli Stati Uniti su cittadini del vecchio continente, vicenda presa particolarmente a cuore dal Parlamento europeo.

CONCLUSIONI

Il rapporto tra lotta alla criminalità a livello dell'Unione europea e salvaguardia di diritti e libertà fondamentali è, come visto, in continua tensione. La volontà degli Stati a cooperare in materia è giunta tardi e in maniera limitata, e fino all'adozione del Trattato di Lisbona l'approccio *securitario* ha senza dubbio prevalso nei diversi ambiti di cooperazione interessati. Gli strumenti adottati tanto in ambito di giustizia penale quanto di cooperazione di polizia e di intervento sui capitali di proprietà criminale ne hanno mostrato tutti i limiti. Questi si riferiscono ovviamente in primo luogo al rischio che tali misure costituiscono per i diritti e le libertà degli individui coinvolti, ma anche all'efficacia nei confronti dell'obiettivo.

In particolare, gli strumenti di giustizia penale volti alla repressione, primo fra i quali il mandato d'arresto europeo, scontano la mancanza di quella fiducia reciproca tra Stati membri che dovrebbe invece essere presupposto del principio stesso di mutuo riconoscimento, di cui il mandato d'arresto costituisce la principale e più utilizzata espressione. I diritti che maggiormente vengono in rilievo in questo ambito sono quelli legati al giusto processo, e la mancanza di standard comuni in materia è alla base della mancanza di fiducia tra gli operatori dei diversi ordinamenti, preoccupati che negli altri Stati non vengano offerte garanzie equivalenti a quelle presenti nel proprio. Queste tensioni vanno quindi a sommarsi a quelle che già naturalmente emanano da misure di stampo repressivo, determinando così di fatto, una quasi-paralisi del sistema, come risulta dai frequentissimi rinvii alla Corte di giustizia in materia di mandato d'arresto, ma anche dall'adozione di norme assolutamente poco significative ed incisive quali il mandato europeo di ricerca delle prove.

Va inoltre sottolineato come il *trend* della giurisprudenza della Corte di giustizia in riferimento all'ambito della cooperazione giudiziaria penale appaia – contrariamente a quanto farebbe presumere la lunga tradizione di attivismo nei confronti della salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali – fortemente orientato a garantire l'applicazione del mutuo riconoscimento, anche a discapito dei diritti individuali. Se a prima vista tale atteggiamento può sembrare integrazionista, esso nasconde invece più spesso e più probabilmente una sensibile ritrosia della Corte a contrariare gli Stati membri in un ambito tanto delicato come quello della sicurezza interna e risulta, invece, alla luce delle considerazioni precedenti, assolutamente controproducente.

Con riferimento poi alla cooperazione di polizia, il principio di disponibilità allo scambio di dati costituisce il centro dell'intervento dell'Unione. A fronte di una cooperazione operativa minima, vi è invece un proliferare di banche dati e di scambio di informazioni, che mettono fortemente in tensione il diritto alla salvaguardia dei dati personali. Il rischio di violazione dei diritti individuali è

acuito dalla mancanza di una legislazione efficace e precisa in materia, ma anche, fortemente, dal fatto che coloro che sono abilitati nei diversi Stati a trattare i dati non appartengono unicamente alla categoria delle autorità giudiziarie, ma a quella più vasta di “autorità competenti”, individuate quindi autonomamente dai singoli Stati membri.

Stabilire standard comuni di rispetto dei diritti è quindi sicuramente necessario per l’adozione e l’attuazione di misure efficaci nella lotta al crimine, ma, soprattutto, costituisce l’unica via per la costruzione di un vero spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Se è infatti vero che il rapporto tra misure volte al mantenimento della sicurezza e salvaguardia di diritti e libertà individuali fonda il patto tra i cittadini di una comunità, l’Unione europea non può certo sottrarsi a tale considerazione. Inoltre, proprio l’utilizzo del diritto penale con finalità garantista e di promozione dei diritti è precipua caratteristica dei sistemi di giustizia più avanzati. Se l’Unione europea vuole quindi sopravvivere in mezzo ad essi deve dotarsi degli strumenti relativi.

Con il Trattato di Lisbona, gli Stati membri hanno effettivamente gettato basi e creato le potenzialità per uno sviluppo del tipo richiamato, a patto che gli stessi trovino la volontà di intraprendere il cammino.

E’ infatti stata eliminata la struttura in pilastri, con conseguente scomparsa dei caratteri peculiari delle materie di ex terzo pilastro. Anche in ambito di cooperazione giudiziaria penale e di polizia è quindi stato introdotto il voto a maggioranza qualificata, il ruolo di co-legislatore del Parlamento a tutti gli effetti ed il sindacato completo della Corte di giustizia. A Lisbona sono però anche state tracciate, proprio in questi ambiti, le premesse per un’evoluzione a geometria variabile del processo di integrazione. In base al Protocollo 36, infatti, il Regno Unito ha tempo fino al 1° giugno 2014 per decidere se esercitare l’opzione di *opting-out* da tutte le misure relative agli ambiti in esame adottate prima dell’entrata in vigore del trattato stesso e non modificate successivamente. Si tratta di una pericolosa opzione, che, benché accompagnata dalla possibilità di esercitare un (re)*opting-in* sulle singole misure¹²³⁵, andrebbe a prefigurare una situazione contraria alle caratteristiche ed allo spirito dell’Unione quale spazio di giustizia unico.

Al momento tale possibilità non sembra affatto improbabile, anche perché –è stato sostenuto– riappropriarsi della sovranità statale in un settore tanto delicato potrebbe essere usato dal governo britannico per scongiurare il referendum circa la continuazione del percorso di adesione all’Unione¹²³⁶. Va però chiarito che il Regno Unito ha deciso di aderire alla gran parte delle misure

¹²³⁵ Che non sarebbe automatico ma dovrebbe trovare l’accordo degli altri Stati membri

¹²³⁶ A. HINAREJOS, J.R. SPENCER and S. PEERS, “Opting out of EU Criminal law: What is actually involved?”, in *CELS Working Paper, New Series*, settembre 2012, n° 1, executive summary, disponibile all’indirizzo http://www.cels.law.cam.ac.uk/publications/working_papers.php

di cooperazione adottate post-Lisbona¹²³⁷, e quest'area di attività non sarebbe quindi sottratta al controllo della Corte di giustizia, aspetto che pare invece essere tra i primi fattori della fazione che vorrebbe esercitare l'*opting-out* di blocco. Inoltre, la gestione dei rapporti in materia con gli altri Stati ha vocazione ad essere resa più difficile senza che vi sia un sensibile guadagno in termini di recupero di libertà d'azione. E' stato infatti sottolineato come la normativa britannica non abbia dovuto subire notevoli cambiamenti in seguito all'adesione agli strumenti dell'Unione ed in aggiunta lo Stato rimarrebbe comunque legato da altri obblighi internazionali nonché sottoposto alla pressione della comunità internazionale. I costi dei rapporti di cooperazione giudiziaria con gli altri Stati dell'Unione sarebbero più alti in quanto privi di quella semplificazione data dall'adesione agli strumenti dell'Unione e potenzialmente differenti da Stato a Stato. Lo stesso vale per lo scambio di informazioni che si realizza nell'ambito della cooperazione di polizia, con l'aggravante della mancanza di accesso ad una gran quantità di informazioni condivise nelle banche dati presenti in materia.

Questi i principali argomenti presentati in dottrina a suffragio di un giudizio negativo sull'esercizio dell'opzione di *opting-out* di blocco¹²³⁸, alla quale vengono proposte alternative differenti, che necessitano però tutte dell'accordo degli altri Stati. Oltre all'opzione del contestuale *re-opting-in* a parecchie delle misure, vengo infatti prospettate l'adesione condizionata (attraverso negoziazioni che passino o meno tramite la modifica dei Trattati) o, ancora, la soluzione cosiddetta "alla danese". Anche la Danimarca gode infatti, in base al Protocollo n° 22 annesso al Trattato, di un regime particolare in merito alle misure relative a Schengen e a quelle di cooperazione giudiziaria penale e di polizia pre-Lisbona, che vedono il paese associato sulla base del diritto internazionale, che lo sottrae di fatto al controllo della Corte di giustizia.

Come anticipato il Trattato di Lisbona consente poi ai due Stati citati ed all'Irlanda (la cui sorte segue quella del Regno Unito) di non associarsi alle nuove misure adottate nelle materie richiamate¹²³⁹ e prevede che debbano notificare la loro intenzione di aderire ogni volta che decidano di farlo.

Ai fattori considerati si aggiunge poi la presenza, in riferimento alla cooperazione giudiziaria penale, dei cosiddetti "freni di emergenza"¹²⁴⁰, che consentono di bloccare la decisione in Consiglio. In questa situazione, nel caso in cui non si giunga ad un accordo, l'unico modo per procedere all'adozione è tramite cooperazioni rafforzate. Storicamente le opinioni sull'utilizzo di

¹²³⁷ Ha infatti aderito alle prime due direttive adottate in materia di diritti della persona nella procedura penale (invece non alla terza), alla proposta di ordine investigativo europeo, all'ordine di protezione europeo ed alla direttiva sulle vittime di reato

¹²³⁸ Per un'analisi approfondita in materia si veda A. HINAREJOS, J.R. SPENCER and S. PEERS, *op. cit.*

¹²³⁹ Sulla base dei Protocolli n° 21 e 22 annessi al Trattato di Lisbona

¹²⁴⁰ Articoli 82 ed 83 TFUE

questo mezzo per far procedere l'integrazione sono contrastanti, ma sicuramente esso prefigura, ancora una volta, uno sviluppo non armonico: esso rischia di minare alle fondamenta, insieme alla fiducia reciproca, i presupposti per un vero spazio di giustizia comune.

La misura ed il modo in cui gli Stati ricorreranno ai mezzi sopra indicati potrà quindi giungere ad avere un impatto anche molto negativo sull'evoluzione di settori in esame, deludendo le aspettative suscitate dal nuovo Trattato. Dall'entrata in vigore dello stesso ad oggi, mentre la Danimarca è spesso rimasta esterna alle misure di cooperazione giudiziaria penale, il Regno Unito –e quindi l'Irlanda- ha normalmente aderito, ma una prima defezione importante si registra in merito all'ultimo strumento concernente i diritti procedurali, la direttiva 2013/48/UE¹²⁴¹, nonché alla direttiva sulle vittime della tratta di esseri umani¹²⁴². Trattandosi nel primo caso, secondo l'analisi condotta, dello strumento che fino ad oggi ha destato le maggiori difficoltà, il segnale non sembra essere incoraggiante, anche in ragione del fatto che il giudizio sul livello di protezione offerto (e quindi sull'incisività dello strumento) non pare affatto favorevole, al punto che ne sono stati evidenziati tratti che lo porrebbero al di sotto dello standard del Consiglio d'Europa.

Proprio l'introduzione della base giuridica per l'adozione di strumenti volti a garantire i diritti della persona nel procedimento penale e quelli delle vittime di reato costituisce un'altra delle grandi novità introdotte in materia dal Trattato di Lisbona. Come mostrato nel corso della ricerca, il relativo art. 82 TFUE è già stato ampiamente sfruttato, tanto che tre direttive sui diritti procedurali sono già state adottate, ed a queste si aggiungono quelle a protezione delle vittime.

L'introduzione della base giuridica e la ricca produzione normativa hanno vocazione, accanto all'attribuzione alla Carta di valore giuridico vincolante, a testimoniare il salto di qualità compiuto dal processo di integrazione. Questi costituiscono infatti la premessa per la costituzione di una vera e propria comunità unica di diritto, dotata di norme proprie per il rispetto dei diritti e delle libertà dei cittadini che ne fanno parte. La salvaguardia dei diritti, condotta anche attraverso una normativa di tipo penale, costituisce infatti ora uno degli obiettivi espliciti dell'Unione, a cui sono quindi attribuite le competenze per raggiungerlo.

Ancora una volta, però, l'efficacia delle possibilità introdotte dipende dalla volontà reale dei singoli Stati membri ad intraprendere il cammino. Due sono gli aspetti decisivi: l'ampiezza del raggio delle misure adottate e lo standard di garanzie da esse proposto.

Il primo fattore richiama il “dibattito sul metodo” sviluppatosi intorno ai diritti procedurali europei:

¹²⁴¹ Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari, GU L 294 del 6.11.2013

¹²⁴² Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, GU L 101 del 15.04.2011

non ha infatti senso che in uno spazio unico di giustizia in costruzione ci si limiti a normare il minimo indispensabile, individuando solo i diritti strettamente procedurali che sono, peraltro, già protetti anche dalla CEDU. Tutta la dinamica che si sviluppa attorno ai procedimenti penali chiama infatti in causa garanzie più ampie -tanto nei confronti della vittima, quanto in quelli degli imputati-, e ciò in modo ancora più forte nel momento in cui entra in gioco l'aspetto transnazionale. Esempio lampante di ciò è, ad esempio, la durata della custodia che intercorre tra la comunicazione di arresto in seguito all'esecuzione del mandato d'arresto e la consegna effettiva della persona in causa.

Il secondo aspetto concerne invece il contenuto degli strumenti adottati. Vi è infatti il rischio, anche qui, di una corsa al ribasso del livello di garanzie offerto. Una simile strada, oltre a rendere quasi inutile l'adozione delle norme relative, che sarebbero comunque garantite dall'adesione di tutti gli Stati alla CEDU, darebbe un segnale assolutamente negativo, mostrando l'incapacità dell'Unione ad apportare un qualsivoglia valore aggiunto ed a mostrare un volto realmente garantista nei confronti dei suoi cittadini.

Ad oggi l'azione dell'Unione non pare essersi discostata troppo dallo scenario del minimo comune denominatore, anche se il Parlamento ha mostrato di poter influire in modo deciso, tanto sui risultati, quanto nel mostrare la via per un raddrizzamento della rotta. Nonostante infatti il basso tenore di alcuni degli strumenti adottati -direttiva 2013/48/UE e direttiva 2011/36/UE sulla protezione delle vittime della tratta degli esseri umani¹²⁴³ *in primis*- lo stesso è riuscito a far prevalere il suo punto di vista introducendo migliorie decisive alle modifiche proposte dal Consiglio. Va però aggiunto che, se da un lato l'esperienza può permettere al Parlamento di affinare la sua capacità di incisività in una materia che fino a Lisbona non lo vedeva protagonista, dall'altro il fatto che proprio nel momento in cui si passa alla discussione di misure più controverse esso ceda terreno (il riferimento è, ancora una volta alla direttiva 2013/48/UE) non costituisce un indice positivo.

A questi aspetti si aggiunge una terza questione, di primaria importanza. In un quadro giuridico che vada a prefigurare uno spazio unico di libertà, sicurezza e giustizia, la dimensione della libertà e dei diritti non può infatti essere lasciata unicamente agli strumenti dedicati, ma deve essere integrata anche nel dibattito sulle misure a finalità repressiva. Si corre altrimenti il rischio che queste ultime introducano nuovi elementi di minaccia, come avvenuto durante la fase pre-Lisbona. In questo senso il Parlamento ha dato prova, nella Risoluzione sulla criminalità organizzata preparata dalla Commissione speciale CRIM ed adottata il 23 ottobre 2013, di poter approntare un programma di lotta efficace alla criminalità pur mantenendo saldo il rispetto dei diritti dei cittadini. La Risoluzione

¹²⁴³ Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, GU L 101 del 15.04.2011

costituisce, oltre ad un ottimo esempio di compenetrazione dell'aspetto repressivo e di quello garantista, anche un documento ad elevato livello di incisività, che introduce alcuni elementi assolutamente necessari ad una lotta al crimine moderna, e quindi efficace. Tra i più importanti aspetti richiamati vi è non solo una definizione più chiara e stringente della fattispecie della "criminalità organizzata", ma anche un sistema di confisca più adeguato ed aggiornato alla realtà e la previsione di misure di protezione per i testimoni e collaboratori.

Proprio in ambito di misure patrimoniali il Trattato di Lisbona costituisce una semplificazione del quadro normativo. Viene infatti a cadere la precedente dicotomia tra misure antiriciclaggio e criminalizzazione del reato corrispondente, aspetto che semplifica l'opera del legislatore europeo, che può adottare una normativa unica e coerente. Nella proposta della cosiddetta quarta direttiva sull'antiriciclaggio¹²⁴⁴ come in quella sulla confisca¹²⁴⁵ non vien però affrontato in modo chiaro il nodo del rapporto tra le misure in esame ed il diritto alla proprietà privata. Ciò deriva dalla mancanza di una chiara posizione autonoma dell'Unione in materia, che, nemmeno per il tramite delle sentenze della Corte di giustizia, ha saputo finora tracciarne contorni netti. L'ambito delle misure relative ai capitali costituisce però uno dei più importanti per la lotta alla criminalità -le cui organizzazioni hanno ormai pienamente mostrato di aver permeato il sistema dell'economia legale- in quanto i capitali costituiscono il mezzo più immediato per colpire le attività malavitose.

La stessa importanza riveste anche la possibilità di utilizzare, durante un procedimento penale, prove raccolte in altri Stati membri, ma la nuova proposta di direttiva relativa all'ordine europeo d'indagine penale¹²⁴⁶ continua a non affrontare l'aspetto più controverso ed importante della questione: l'ammissibilità in giudizio delle prove raccolte. Allo stesso tempo tale strumento sembra riproporre ad oggi quei limiti in termini di salvaguardia dei diritti fondamentali che già si erano riscontrati in tutti i suoi antecedenti pre-Lisbona.

Un'ultima importante novità in riferimento alle basi giuridiche introdotte dal nuovo Trattato è costituita dall'art. 16 TFUE. Questo, oltre a sancire il diritto alla protezione dei dati personali richiamato anche nella Carta, fa dello stesso un obiettivo dell'Unione, che è quindi chiamata ad adottare misure atte a raggiungerlo. E' facile il parallelismo tra la logica sottesa a tale disposizione e quella che concerne la base giuridica sui diritti procedurali: entrambe mostrano infatti come l'Unione stia tentando attivamente di cambiare approccio ai diritti fondamentali, presentandoli non

¹²⁴⁴ Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, COM(2013) 45 final, del 5.2.2013

¹²⁴⁵ Commissione, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 marzo 2012, relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea, COM(2012) 85 definitivo

¹²⁴⁶ Iniziativa del Regno del Belgio, della Repubblica di Bulgaria, della Repubblica di Estonia, del Regno di Spagna, della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Slovenia e del Regno di Svezia per una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'ordine europeo di indagine penale, (2010/C 165/02), GU C 165 del 24.06.2010

più come una necessità funzionale ad altri scopi, ma un fine in loro stessi, ed obiettivo della sua azione.

Tale disposizione del Trattato interviene in un settore particolarmente delicato, oggetto di grande attenzione anche nella cronaca più attuale¹²⁴⁷. Il diritto alla protezione dei dati personali costituisce infatti uno dei diritti più a rischio in una società in cui la tecnologia, i mezzi di comunicazione ed internet permettono la raccolta e lo scambio –nonché la conservazione– di una vastissima gamma di dati ed informazioni. La cooperazione di polizia attualmente in atto all'interno dell'Unione si basa quasi unicamente su ciò, e, a fronte di strumenti di tutela inadeguati, gli strumenti relativi costituiscono un rischio continuo per i cittadini dell'Unione. L'opportunità che il trattato di Lisbona offre per rimediare al problema non sembra però, ad oggi, essere sfruttata come potrebbe. Il pacchetto di riforma relativo alla normativa in materia mantiene infatti quella differenziazione di trattamento tra dati trattati in ambito di materia di polizia e giustizia penale, e quelli trattati in tutte le altre materie. Per i primi è stata infatti proposta una direttiva¹²⁴⁸, mentre per i secondi un regolamento¹²⁴⁹. Ciò costituisce sicuramente uno strascico della struttura in pilastri ma mostra come gli Stati non siano ancora veramente pronti a compiere quel salto di qualità nelle modalità di cooperazione che sarebbe invece auspicabile e possibile.

Tale considerazione pare potersi estendere a tutti gli ambiti affrontati e porta a concludere, in definitiva, che benché il Trattato di Lisbona abbia fornito effettive opportunità di sviluppo dell'Unione in vista della costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia che veda una armoniosa composizione di tutti gli elementi che dovrebbero caratterizzarlo, gli Stati non si sono mostrati ad oggi all'altezza della sfida, facendo ricorso al margine decisionale che comunque il nuovo assetto consente. Poiché il programma di Stoccolma per lo sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia riguarda il periodo 2010-2014, a breve dovrà esserne adottato uno nuovo che sarà probabilmente focalizzato su di una consolidazione e migliore applicazione di quanto già elaborato sotto i tre precedenti programmi pluriennali. Ciò sarebbe in linea con quanto necessario per lo sviluppo armonico dell'Unione in quanto, come visto, l'attività nelle materie richiamate presenta importanti lacune.

Benché accanto ad un nuovo programma SLSG si prefiguri la costituzione della nuova

¹²⁴⁷ Si pensi alla recente questione del rapporto con gli Stati Uniti e dell'attività di intelligence da essi compiuta nei confronti degli Stati europei, o ancora agli accordi con gli stessi Stati Uniti relativi a PNR e SWIFT (rispettivamente dati dei passeggeri aerei e dati bancari)

¹²⁴⁸ Commissione europea, COM(2012) 10 definitivo, proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, e la libera circolazione di tali dati del 25.01.2012

¹²⁴⁹ Commissione europea, COM(2012) 11 final Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati (regolamento generale sulla protezione dei dati) del 25.01.2012

Commissione - che potrà rivelarsi più attiva di quella che l'ha preceduta - la volontà degli Stati membri di intervenire in modo efficace in tali settori risulta cruciale, anche in ragione dell'art. 68 TFUE che affida al Consiglio europeo il compito di individuare gli orientamenti strategici in materia di spazio di libertà, sicurezza e giustizia,. Se la continuata interazione sulle materie presentate e l'apporto del Parlamento non saranno sufficienti a sbloccare questa situazione, il rischio è che l'Unione "perda il *momentum*" e, di fronte alle difficoltà a cui si confronta attualmente ed alla diffusa disaffezione nei suoi confronti, non riesca a trasformarsi in una vera, unica comunità promotrice di elevati livelli di garanzia per gli individui che la compongono.

BIBLIOGRAFIA

Monografie, collettanee e riviste specialistiche

- Adobati E., “Secondo la Corte di giustizia è legittima l'imposizione agli avvocati degli obblighi di comunicare le informazioni alle autorità responsabili della lotta contro il riciclaggio”, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, pp.753-754
- Agamben G., *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003
- Alfano S. e Verrica A., *Per un contrasto europeo al crimine organizzato e alle mafie*, Milano, Franco Angeli editore, 2012
- Amalfitano C., *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Milano, Giuffré, 2006
- Amalfitano C., “L'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime di reato”, in *Il Diritto dell'Unione europea*, Roma, Giuffré, n°3, 2011, pp. 643-682
- Amici V., “Europol et la nouvelle décision du Conseil entre opportunités et contraintes”, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2010, pp. 77-99.
- Allegrezza S., “L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona”, in *Cassazione penale*, fasc. 10, 2008, pp. 3882-3893
- Anderson M., “European police cooperation. History and Theory”, in Longo Francesca (a cura di), *The European Union and the challenge of transnational organised crime*, Milano, Giuffré, 2002, pp. 7-19
- Anderson M. and Apap J., “Changing Conceptions of Security and their Implications for EU Justice and Home Affairs Cooperation”, *CEPS Policy Brief* n°26, Brussels, Centre for European Policy Studies, 2002
- Andoulsi I., « L'arrêt de la Cour du 9 novembre 2010 dans les affaires jointes Volker und Markus Schecke GBR et Hartmut Eifert contre Land d'Hessen (C-92/09 et C-93/09): une reconnaissance jurisprudentielle du droit fondamental à la protection des données personnelles? », in *Cahiers de droit européen*, n° 2, 2011 pp.471-522
- Apap J. and Carrera S., “Maintaining security within borders: towards a permanent state of emergency in the EU?”, *CEPS Policy Brief* n°41, Brussels, Centre for European Policy Studies, 2003
- Aprile E. e Spiezia F., *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione Europea prima e dopo il trattato di Lisbona*, Ipsoa, 2009

- Autori vari, “La protezione dei diritti dell’uomo nell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona”, estratto in *Il Diritto dell’Unione Europea*, Milano, Giuffré, n°3, 2009, pp. 645-767
- Balboni M., “Il G8 e l’espulsione di cittadini comunitari”, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, n°4, 2001, pp. 40-59
- Balsamo A., “La persona giuridica non riveste la qualità di vittima”, in *Cassazione penale*, 2008, pp. 780-783
- Balsamo A., Contrafatto V. e Nicastrò G., *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Giuffré, 2010
- Baratta R., “Le competenze interne dell’Unione tra evoluzione e principio di reversibilità”, in *Il Diritto dell’Unione europea*, Roma, Giuffré, n°3, 2010, pp. 517-554
- Barnard C., *The substantive law of the EU – The four freedoms*, Oxford University Press, 2010
- Bartole S., Conforti B., Raimondi G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001
- Bazzocchi V., “Il mandato d’arresto europeo e le Corti supreme nazionali”, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, Roma, Giuffré, n° 3, 2007, pp. 661-690
- Bazzocchi V., “L’armonizzazione delle garanzie processuali nell’Unione europea: la direttiva sul diritto all’interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali”, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, Roma, Giuffré, n°4, 2010, pp.1042-1060
- Beauvais P., “Coopération pénale et mandat d'arrêt européen - CJUE, 21 oct. 2010, I.B., C-306/09; CJUE, gr. ch., 16 nov. 2010, Mantello, C-261/09”, in *Revue trimestrielle de droit européen*, Dalloz, vol. 47, n° 3, 2011, p. 647-658
- Beauvais P., “Droit pénal de fond: nouvelle directive sur la traite des êtres humains”, in *Revue trimestrielle de droit européen*, Dalloz, n° 3, 2011, p. 637-641
- Bifulco D., “Reti giudiziarie europee, cooperazione penale e terrorismo: i fenomeni e le narrazioni”, in Toniatti R. e Magrassi M. (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Dipartimento di Scienze Giuridiche Università di Trento XCV, Cedam, 2011, pp. 423-442
- Bigo D., “EU police cooperation: national sovereignty framed by European security?” in Guild Elsspath and Geyer Florian, *Security versus justice? Police and judicial cooperation in the European Union*, Cornwall, TJ International Ltd, 2008, pp. 91-108
- Bigo D., “Les relations entre services de renseignements, services de police judiciaire et les magistrats (juges d’instruction, procureurs, juges du siège) en Europe”, in *Challenge liberty and security*, 3 marzo 2007

- Blekxtoon R. e van Ballegooij W., *Handbook on the European Arrest Warrant*, l'Aia, T.M.C Asser Press, 2004
- Borraccetti M., “La prostituzione nella giurisprudenza della Corte di giustizia”, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, Napoli, Editoriale scientifica, n° 4, 2002, pp.727-733
- Brady H., “Europol and the European Criminal Intelligence Model: A Non-state Response to organized crime”, in *Policing*, vol. 2, n° 1, 2008, pp. 103-109
- Brady H., “The EU and the fight against organised crime”, *CER working paper*, aprile 2007
- Brouwer E., “The other side of the moon. The Schengen Information System and Human Rights: a Task for National Courts”, in *CEPS working document*, aprile 2008
- Calderoni F., *Organized crime legislation in the European Union: harmonization and approximation of criminal law, national legislations and the EU Framework Decision on the Fight Against Organized Crime*, Berlin, Springer, 2010
- Cherif Bassiouni M., Militello V. e Satzger H. (a cura di), *European cooperation in penal matters: issues and perspectives*, Padova, CEDAM, 2008
- Chiavario M., De Francesco G., Manzione D., Marzaduri E. (a cura di), *Il mandato di arresto europeo commento alla l. 22 aprile 2005, n. 69*, Torino, UTET, 2006
- Ciampi S., “Principio di disponibilità e protezione dei dati personali nel ‘terzo pilastro’ dell’Unione europea”, in *Cooperazione informativa e giustizia penale nell’Unione europea*, Trieste, EUT - Edizioni Università di Trieste, 2009, pp. 34-100
- Codinanzi M., Lang A. e Nascimbene B., *Cittadinanza dell’Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, Giuffré, 2006
- Cortese B., “La protezione dei dati di carattere personale nel diritto dell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona”, in *Il diritto dell’Unione europea*, Giuffré, n° 2, 2013, pp. 313-335
- Craig P. e De Burca G., *EU text, cases, and material*, Oxford University Press, 2011
- Cras S. and De Matteis L., “The directive on the right of Interpretation and translation in criminal proceedings”, in *Eucrim*, 2010, n° 4, pp. 153-162
- Damato A., “Il mandato d’arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano (II)”, in *Il diritto dell’Unione europea*, Milano, Giuffré, n° 2, 2005 pp. 203-251
- De Amicis G., “Primi orientamenti della Corte di Giustizia sul mandato d’arresto europeo: verso una nomofilachia eurounitaria?”, in *Diritto penale e processo*, IPSOA, n° 8, 2011, pp. 1021-1030
- De Biolley S., “Le développement historique du droit pénal de l’Union Européen. Les débuts: acquis de Schengen”, in *Revue internationale de droit pénal*, vo. 77, n° 1-2, 2006, pp. 23-38

- De Bondt W. and Vermeulen G., “The procedural rights debate: a bridge too far or not still far enough”, in *Eu crim*, 2010, n° 4, pp. 163-167
- De Capitani E., “The democratic accountability of the EU’s Area of Freedom, Security and Justice ten years on”, in Guild E., Carrera S. and Eggenschwiler A., *The Area of Freedom, Security and Justice ten years on: Successes and future challenges under the Stockholm Programme*, Brussels, CEPS Publications, 10.06.2010, pp. 23-30
- De Hert P. e Papakonstantinou V., “The data protection framework decision of 27 November 2008 regarding police and judicial cooperation in criminal matters – A modest achievement however not the improvement some have hoped for”, in *Computer Law and Security Review*, n° 25, 2009, pp. 403-414
- De Hert P., Weis K., Cloosen X., “The Framework Decision of 18 December 2008 on the European Evidence Warrant for the purpose of obtaining objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters - A critical assessment”, in *New Journal of European Criminal Law*, 2009, pp. 55-78
- De Kerchove G., “Brèves réflexions sur la coopération policière au sein de l’Union européenne”, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n°3, 2004, pp. 553-569
- De Kerchove G., Weyember A. (a cura di), *L’espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2002
- De Kerchove G. and Weyembergh A. (a cura di), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2000
- Del Vescovo D., “Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea”, in *Diritto penale e processo*, IPSOA, n° 11, 2009, pp. 1413-1424
- Delmas-Marty M., *Liberté et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, Editions du Seuil, 2010
- Dubois L. e Blumann C., *Droit matériel de l’Union européenne*, Montchrestien, Lextenso édition, 2009
- Dumortier F., “La protection des données dans l’Espace européen de liberté, de sécurité et de justice”, in *Journal de droit européen*, vol. 18, n°166, 2010, pp. 33-46
- Dutheil de la Rochère Jacqueline, “Vers une conception nouvelle de le securité européenne”, in *Revue européenne de droit public*, Esperia, 2008, vol 20, n° 1, pp. 47-79
- Fichera M., “Case C-66/08, Proceedings concerning *Szymon Kozłowski*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 17 July 2008” in *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009, pp. 241-254
- Fichera M., *The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: law, policy and practice*, Cambridge, Intersentia, 2011

- Fichera M., “The status of the victim in European Union criminal law”, in *Eucrim*, n° 2, 2011, pp. 79-82
- Fijnaut C. & Ouwerkerk J., *The future of police and judicial cooperation in the European Union*, Leiden, Boston, 2010
- Gattinara G., “Il mandato d’arresto europeo supera l’esame della Corte di giustizia”, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, Roma, Giuffrè, n° 1, 2008, pp. 183-199
- Gazin F., « Mandat d'arrêt européen. La Cour circonscrit la portée du droit d'être entendu dans le cadre de l'émission d'un mandat d'arrêt européen afin d'éviter d'annihiler l'efficacité de cet instrument », in *Europe*, marzo 2013, n° 3, pp. 23-24
- Gazin F., “Mandat d'arrêt européen. Reconnaissance mutuelle versus protection des droits fondamentaux : prévalence accordée à la première en droit pénal de l'UE », in *Europe*, n° 4, aprile 2013, p. 23
- Gennart M., “Les Parlements nationaux dans le Traité de Lisbonne: évolution ou révolution”, in *Cahiers de droit européen*, Bruxelles, Editions Bruylant, vol. 46, 2010, pp. 17-46
- Genson R. e Buysens E., “La transformation d'Europol en agence de l'Union européenne. Regards sur un nouveau cadre juridique”, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n° 525, 2009, pp. 83-87
- Geyer F., “European Arrest Warrant: *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad*”, in *European Constitutional Law Review*, vol. 4, 2008, pp. 149-161
- Geyer F., “Taking Stock: Databases and Systems of Information Exchange in the Area of Freedom, Security and Justice”, *CEPS working paper*, maggio 2009
- Ghaleh-Marzban P., “Le parquet européen : l’utopie devient-t-elle enfin réalité ?”, in *AJ Pénal*, Dalloz, 2010, p. 539-545
- Gilmore W. C., *Dirty money: the evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, Council of Europa Publishing, 2004
- Granger M.-A., “Existe-t-il un «droit fondamental à la sécurité»?” in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, n° 2, 2009, pp. 273-296
- Grasso G. e Sicurella R. (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, Giuffrè, 2007
- Guerini U., *Il diritto penale dell’Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2008
- Guild E. and Geyer F., *Security versus justice? Police and judicial cooperation in the European Union*, Cornwall, TJ International Ltd, 2008

- Heard C. e Mansell D., “The European Investigation Order: changing the face of evidence-gathering in EU cross-border cases”, in *New Journal of European Criminal Law*, vol. 2, n° 4, 2011, pp. 353-367
- Herlin-Karnell E., “The EU anti-money laundering agenda: built on risk?”, in Eckes C. and Konstadinides T., *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice. A European Public Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 85-93
- Iuzzolino G., De Amicis G., *Guida al mandato di arresto europeo*, Milano, Giuffrè, 2008
- Jacqué J.-P., “Le Traité de Lisbonne : une vue cavalière”, in *Revue trimestrielle du droit européen*, vol. 44, n°3, 2008, pp. 439-483
- Jacqué J.-P., “The principle of institutional balance”, in *Common Market Law Review*, vol. 42, 2004, pp. 383-391
- Jaeger M., “Il diritto di proprietà quale diritto fondamentale nella giurisprudenza della Corte di giustizia”, in *Europa e diritto privato*, n° 2, 2011, pp. 349-364
- Jiménez Becerril T., Romero Lopez C., “The European protection order”, in *Eucrim*, n° 2, 2011, pp. 76-86
- Kauff-Gazin F., “Accords de Schengen”, in *Répertoire Dalloz de droit communautaire*, marzo 2012
- Kauff-Gazin F., “Mandat d'arrêt européen et décisions rendues par défaut - La Cour trouve un équilibre satisfaisant entre la protection des droits fondamentaux des individus frappés d'un mandat d'arrêt suite à une décision rendue par défaut et les exigences liées à l'exécution d'une peine”, in *Europe*, dicembre 2010, n° 12, p. 23
- Kauff-Gazin F., “Mandat d'arrêt européen et renvoi préjudiciel”, in *Europe*, ottobre 2008, n° 308, pp. 17-18
- Kauff-Gazin F., “Notion de victime – La Cour interprète à nouveau la décision-cadre relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales”, in *Europe*, n° 12, 2010, pp. 23-24
- Kauff-Gazin F., “Principe ne bis in idem dans le cadre de l'émission d'un mandat d'arrêt européen”, in *Europe*, gennaio 2011, n° 1, p.22
- Kauff-Gazin F., “Validité de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen” , *Europe*, n° 181, luglio 2007, pp. 17-18
- Keijzer N., “The European Arrest Warrant Framework Decision between Past and Future”, in Guild E. (a cura di), *Constitutional challenges to the European Arrest Warrant*, Nimègue, Wolf Legal Publishers, 2006

- Kiiver P., “The early-warning system for the principle of subsidiarity: the national Parliament as a Conseil d’Etat for Europe”, in *European Law Review*, London, Sweet & Maxwell, vol. 36, 2011, pp. 98-108
- Kiiver P., “The Treaty of Lisbon, the national Parliaments and the principle of subsidiarity”, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Maastricht, Maklu Uitgevers, vol. 15, 2008, pp. 77-83
- Koutrakos P., “Is article 297 EC a «Reserve of Sovereignty»?”, in *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, pp. 1339-1362
- Kovács K. and Tóth Gábor A., “Hungary’s Constitutional Transformation”, in *European Constitutional Law Review*, vol. 7, 2011, pp. 183-203
- Landerburger C., “Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon”, in *European Constitutional Law Review*, vol. 4, 2008, pp. 20-40
- Ladenburger C., “The resources of European security developing the EU treaty bases for police cooperation and judicial cooperation in criminal matters”, in *European review of public law*, Esperia Publications, vol. 20 n° 1, 2008, pp. 125-148
- Lenaerts K., “The contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice”, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, n° 2, 2010, pp. 255-301
- Ligeti K., “Rules on the application of *ne bis in idem* in the EU. Is further legislative action required?”, in *Eucrim*, n° 1-2, 2009, pp. 37-43
- Lyon-Caen G., “La libre circulation des travailleurs dans la Communauté économique européenne”, in *Droit social*, luglio-agosto 1989, pp. 526-533
- Lugato M., “La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato d’arresto europeo”, in *Rivista di diritto internazionale*, Giuffrè, n° 1, 2003, pp. 27-54
- Maiello V., “La disciplina interna del M.A.E. fra fedeltà comunitaria e garanzie costituzionali: riflesso di una primauté solo ‘tendenzialmente assoluta’”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, vol. 54, n° 1, 2011, pp. 112-133
- Manacorda S., “La deroga alla doppia punibilità nel mandato di arresto europeo e il principio di legalità (note a margine di Corte di giustizia, Advocaten voor de Wereld, 3 maggio 2007)”, in *Cassazione penale*, 2007, pp. 4346-4363
- Manacorda S., “Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l’Espace de liberté, sécurité et justice de l’Union Européenne: un développement inégal”, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, n° 4, 2006, pp. 881-894

- Michel V., “Mandat d'arrêt et citoyenneté européenne”, in *Europe*, dicembre 2009, n° 452, pp. 21-22
- Mitsilegas V., “Defining organised crime in the European Union: the limits of European criminal law in an Area of Freedom, Security and Justice”, in *European Law Review*, vol. 26, 2001, pp. 565-581
- Mitsilegas V., “Police Co-operation: What are the main Obstacles to Police Co-operation in the EU?”, in *Challenge Liberty and Security*, 8 marzo 2007
- Mitsilegas V., “The third wave of third pillar law: which direction for EU criminal justice?” in *European Law Review*, vol. 34, n° 4, 2009, pp. 523-560
- Mitsilegas V. and Gilmore B., “The EU legislative framework against money laundering and terroristic finance: a critical analysis in the light of evolving global standards”, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2007, vol. 56, pp. 119-140
- Monar J., “Justice and Home Affairs”, in Copsey N. and Haughton T. (eds.), *The JCMS European Union, Annual Review of the European Union in 2008*, JCMS, Oxford, Blackwell, 2009, pp. 151-170
- Monar J., “Justice and home affairs” in *Journal of Common Market Studies, Annual Review*, vol. 48, 2010, pp. 139-158
- Monar, J., “The EU’s externalisation of internal security objectives : perspectives after Lisbon and Stockholm”, in *The International Spectator*, vol.45, n°2, 2010, pp. 23-39
- Monetti V. e Salazar L., “Proposte specifiche in tema di cooperazione penale e di garanzie processuali”, in Amato G. e Paciotti E. (a cura di), *Verso l’Europa dei diritti. Lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2005
- Monjal P.-Y., “ La décision-cadre instaurant le mandat d’arrêt européen et l’ordre juridique français”, in *Revue du droit de l’Union européenne*, n° 1, 2003, pp. 109-187
- Morini C., “La Convenzione di Prum sulla cooperazione transfrontaliera specialmente in materia di lotta al terrorismo, al crimine transnazionale e all’immigrazione illegale”, in *Studi sull’integrazione europea*, vol. 3, n° 1, 2008, pp. 181-201
- Nascimbene B., “Le garanzie giurisdizionali nel quadro della cooperazione giudiziaria penale europea”, in *Diritto penale e processo*, n° 4, 2009, pp. 518-524
- Nascimbene B., “Le sanzioni dell’ex art. 7 TUE”, in *Il Diritto dell’Unione europea*, Roma, Giuffrè, n° 1, 2002, pp. 192-199
- Ortega L., “Towards a new conception of European security”, in *Revue européenne de droit public*, Esperia, 2008, vol. 20, n° 1, pp. 17-46

- Paciotti E. e Amato G. (a cura di), “Lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia” in *Paper* elaborati dal gruppo Astrid, 2004
- Paciotti E. (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa*, Roma, Viella, 2011
- Pecho P. and Michel F., « Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 26 juin 2007: "Ordre des barreaux francophones et germanophones" et a. », in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2007, n° 4, pp. 907-928
- Pedrazzi M. (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, Giuffré, 2004
- Pedrazzi M., Viarengo I. et Lang A. (a cura di), *Individual guarantees in the European judicial area in criminal matters/ Garanties individuelles dans l'espace judiciaire européen en matière pénale*, Bruxelles, Bruylant, 2011
- Peers S., “National security and European law”, in *Yearbook of European Law*, n° 16, 1996, pp. 363-404
- Peers S. and Ward A. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: politics, law and policy*, Oxford, Hart Publishing, 2004
- Perini J. P., “Il mandato d'arresto europeo alla prova del Bundesverfassungsgericht tedesco: ‘schiaffo’ all'Europa o cura negligente dei diritti del nazionale da parte del legislatore?”, in *Cassazione penale*, vol. 46, n° 1, 2006, pp. 237-242
- Peyrou-Pistouley S., “L'affaire *Marper c. Royaume-Uni*, un arrêt fondateur pour la protection des données dans l'espace de liberté, sécurité, justice de l'Union européenne”, in *Revue Française de Droit Administratif*, vol. 25, n° 4, 2009, pp. 741-758
- Piattoli B., *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Milano, Giuffré, 2002
- Pollicino O., “Incontri e scontri tra ordinamenti e interazioni tra giudici nella nuova stagione del costituzionalismo europeo: la saga del mandato di Arresto europeo come modello di analisi”, in *European Journal of Legal Studies*, vol. 2, n° 1, 2008, pp. 220-268
- Pollicino O., “Mandato di arresto europeo e principi costituzionali degli Stati membri: un profilo giurisprudenziale alla ricerca di un punto di equilibrio interordinamentale”, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n° 2, 2008, pp. 997-1028
- Prechal S., “Competence Creep and General Principles of Law”, in *Review of European Administrative Law*, 2010, vol. 3, n° 1, pp. 5–22
- Rafaraci T. (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, atti del Convegno, Catania del 9-11 giugno 2005, Giuffré, 2007

- Rafaraci T. (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffr , 2011
- Raimondi G., "Diritti fondamentali e libert  economiche: l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo", in *Europa e diritto privato*, 2011, n  2, pp. 417-435
- Righi S., "Il caso *Lopes Da Silva Jorge*: il difficile equilibrio fra mandato d'arresto europeo e diritti fondamentali", in *Il diritto dell'Unione europea*, Giuffr , 2013, n  4, pp. 857-883
- Rijken C., "Rebalancing security and justice: protection of fundamental rights in police and judicial cooperation in criminal matters", in *Common Market Law Review*, vol. 47, 2010, pp. 1455-1492
- Rinoldi D., "Lo spazio di libert , sicurezza e giustizia", in Dreatta U. e Parisi N. (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea- Parte spciale*, Milano, Giuffr , 2010, pp. 1-94
- Rogers N. e Scannell R., *Free movement of persons in the enlarged European Union*, London, Sweet & Maxwell, 2005
- Rossi L. S., "I beneficiari della libera circolazione delle persone nella giurisprudenza comunitaria", in *Foro italiano*, IV, 1994, pp. 97-112
- Rossi L. S., "Il «paradosso del metodo intergovernativo». L'equilibrio istituzionale nel progetto di Trattato-Costituzione", in Rossi L. S., (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Milano, Giuffr , 2004
- Rossi L. S., *Le convenzioni fra gli stati membri dell'Unione europea*, Milano, Giuffr , 2000
- Rossi L. S., "Les rapports entre la Charte des droits fondamentaux et le Trait  de Lisbonne", in *Chemins de l'Europe Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqu *, Paris, Dalloz, 2010, pp. 609-625
- Rubera M. T. M., "Termini per eseguire il mandato d'arresto europeo e tutela della libert  personale", in *Diritto penale e processo*, IPSOA, n  2, 2011, pp. 237-247
- Rubi-Cavagna E., "Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévues par le trait  de Lisbonne", in *Revue de science criminelle et de droit pénal compar *, n  3, 2009, pp. 501-521
- Ruggeri A., "La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)", in *Il diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffr , n  2, 2013, pp.399-408
- Ruggieri F., "Diritti della difesa e tutela della vittima nello spazio giudiziario europeo", in *Cassazione penale*, n  11, 2007, pp. 4329-4345
- Salazar L., "Il mandato d'arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle decisioni penali" in *Diritto penale e processo*, IPSOA, né 8, 2002, pp. 1041-1050

- Sanfrutos Cano E., « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt "Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad: "Mandat d'arrêt européen" », *Revue du droit de l'Union européenne*, n° 2, 2007, pp.472-481
- Sanfrutos Cano E., “ La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt "Wolzenburg" ” in *Revue du droit de l'Union européenne*, n° 4, 2009, pp. 787-794
- Sayers D., “The European Investigation Order-travelling without a 'roadmap'”, CEPS *Liberty and Security in Europe, policy paper*, Brussels, Centre for European Policy Studies, giugno 2011
- Selvaggi E., “Mandato di arresto europeo: cosa si intende per "residente"”, in *Cassazione penale*, 2008, pp. 4407-4410
- Selvaggi E., “Mandato d'arresto europeo e principio di specialità”, in *Cassazione penale*, Giuffré, n° 3, 2009, pp. 1296-1300
- Selvaggi E. e De Amicis G., “La legge sul mandato europeo d'arresto tra inadeguatezze attuative e incertezze applicative”, in *Cassazione penale*, Giuffré, n° 6, 2005, pp. 1813-1823
- Simon D., “Lutte contre le blanchiment et secret professionnel des avocats”, in *Europe*, agosto-settembre 2007, n° 201, pp.12-14
- Siracusano F., “Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, procedure di consegna e processo in absentia”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n° 1, 2010, pp. 115-144
- Skouris V., “Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson”, in *Il diritto dell'Unione Europea*, Giuffré, n° 2 , 2013 pp.229-243
- Spiezia F., “Il coordinamento giudiziario nell'Unione europea: il rafforzamento dei poteri di Eurojust”, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Roma, Giuffré, n° 3, 2010, pp. 661-679
- Starola L., “La proposta di IV direttiva antiriciclaggio: novità e conferme”, in *Corriere tributario*, n° 15, 2013, pp. 1212-1218
- Sudre F., Margénaud J.-P., Andriantsimbazovina, J., Gouttenoire A. e Levinet M., *Les grands arrêts de la cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009
- Tesauo G., *Diritto dell'Unione europea*, Milano, CEDAM, 2010
- Tony J. F., “Processing financial information in money laundering matters: the financial intelligence units”, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n° 3, 1996, pp. 257-282

- Trauner F., “The internal-external security nexus: more coherence under Lisbon?”, in *EUISS Occasional paper*, EU Institute for Security Studies, n° 89, marzo 2011
- Tridimas T., “Terrorism and the ECJ: Empowerment and democracy in the ECJ legal order”, in *European Law Review*, London, Sweet & Maxwell, n° 9, 2009, pp. 103-126
- Trifone L., “La libera circolazione dei lavoratori ed il limite dell’ordine pubblico nella nuova direttiva n° 2004/38”, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, Napoli, Editoriale scientificca, vol. 44, n° 1, 2005, pp. 7-35
- Trifone L., “L’ammissibilità di limiti parziali alla libera circolazione delle persone: la sentenza *Oteiza Olazabal*”, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, Napoli, Editoriale scientificca, vol. 42, n° 4, 2003, pp. 755-766
- Truchet D., « L’obligation d’agir pour la protection de l’ordre public : la question d’un droit à la sécurité », in *L’ordre public: ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Bruylant, Collection Droit et Justice, 2001, pp. 299-316
- Van Rijckevorsel E., “La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de l’Union européenne. Chronique des arrêts. Arrêt « Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal » ”, in *Revue du droit de l’Union européenne*, n° 1, 2013, pp.182-187
- Weiss F. e Woolridge F., *Free movement of persons within the European Community*, The Hague, Kluwer, 2002
- Weyembergh A., *L’harmonisation des législations : condition de l’espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2004
- Wieczorek I., “A Needed Balance Between Security, Liberty and Justice. Positive Signals Arrive From the Field of Victims' Rights”, in *European criminal law review*, vol. 2, n° 2, 2012, pp. 152-155

Atti e documenti delle istituzioni ed organismi europei e nazionali

- Busuioc M. e Curtin D., *La strategia di sicurezza interna dell’UE, il ciclo programmatico dell’UE e il ruolo delle agenzie (AFSJ)*, studio richiesto dalla Commissione LIBE del PE, Bruxelles, 2011
- Brouwer E., *Towards a European PNR system? Questions on the Added Value and the Protection of Fundamental Right*, studio richiesto dalla Commissione LIBE del PE, Bruxelles, 2009

- Carrera S., Guild E., den Hertog L. e Parkin J., *Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies*, studio richiesto dalla Commissione LIBE del PE, Bruxelles, 2011
- Commission Staff Working Document SEC (2005) 1767 - Annex to the Green Paper on conflicts of jurisdiction and the principle of ne bis in idem in criminal proceedings {COM(2005) 696 final}
- Commissione europea, Accompanying document to 2010 Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights, COM(2011) 160 final
- Commissione europea, Comunicazione COM/98/045, Verso uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia del 14.07.1998
- Commissione europea, Comunicazione COM(1999) 349 def., al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale “Vittime di reati nell'Unione europea - Riflessioni sul quadro normativo e sulle misure da prendere”, del 14.7.1999
- Commissione europea, Comunicazione COM(1999) 372 def. della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo relativa ai provvedimenti speciali in tema di circolazione e di residenza dei cittadini dell'Unione giustificati da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e pubblica sanità, del 19.07.1999
- Commissione europea, Comunicazione COM(2000) 495 def. della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale, del 26.7.2000
- Commissione europea, Comunicazione COM(2005) 195 def al Consiglio e al Parlamento europeo sul reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra Stati membri, del 19.5.2005
- Commissione europea, Comunicazione COM(2005) 583 def., al Parlamento europeo e al Consiglio in merito alle conseguenze della sentenza 13.9.2005 della Corte (C-176/03 Commissione c. Consiglio), del 23.11.2005
- Commissione europea, Comunicazione COM (2009) 262 def. al Parlamento europeo e al Consiglio, “Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini”, del 10.6.2009
- Commissione europea, Comunicazione COM(2010) 171, Piano d'azione per l'attuazione del programma di Stoccolma, del 20.04.2010
- Commissione europea, Comunicazione COM(2010) 609 def., al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 4.11.2010

- Commissione europea, Comunicazione COM(2010) 673 def. al Consiglio e al Parlamento europeo, La strategia di sicurezza interna dell'UE in azione: cinque tappe verso un'Europa più sicura, del 22.11.2010
- Commissione europea, Comunicazione COM(2011) 274 def., della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, del 18.05.2011
- Commissione europea, Libro bianco sul completamento del mercato interno, COM(85) 310 def., del 14.06.1985
- Commissione europea, Libro verde sul risarcimento alle vittime di reati, COM(2001) 536 def., del 28.11.2001
- Commissione europea, Libro verde sui conflitti di giurisdizione e il principio del ne bis in idem nei procedimenti penali, COM(2005) 696 def., del 23.12.2005
- Commissione europea, Libro verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati membri e sulla garanzia della loro ammissibilità, COM(2009) 624 def., dell'11.11.2009
- Commissione europea, Libro verde, Garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea, COM(2003) 75 def., del 19.2.2003
- Commissione europea, Proposta di decisione quadro COM(2003) 688 def., relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, del 14.11.2003
- Commissione europea, Proposta di decisione quadro del Consiglio COM(2005) 6 def., relativa alla lotta contro la criminalità organizzata del 19.1.2005
- Commissione europea, Proposta di decisione quadro del Consiglio COM(2005) 475 def. sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, del 4.10.2005
- Commissione europea, Proposta di decisione quadro del Consiglio COM (2004) 328 def. in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea, 28.4.2004
- Commissione europea, Proposta di decisione quadro relativa COM(2004) 338 def., sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, del 8.7.2009
- Commissione europea, Proposta di decisione quadro del Consiglio COM (2009) 338 def., sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, dell'8.7.2009
- Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio COM (2010) 82 def., sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, del 9.3.2010

- Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio COM(2011) 275 def., che istituisce norme minime riguardanti i diritti, l'assistenza e la protezione delle vittime di reato, del 18.5.2011
- Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio COM(2010) 392 def., sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, del 20.7.2010
- Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio COM(2011) 32 def., sull'uso dei dati del codice di prenotazione a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi, del 2.2.2011
- Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio COM(2011) 326 def. relativa al diritto di accesso a un difensore nel procedimento penale e al diritto di comunicare al momento dell'arresto, dell'8.6.2011
- Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio COM(2012) 10 def., concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, e la libera circolazione di tali dati del 25.01.2012
- Commissione europea, Proposta di direttiva Parlamento e del Consiglio COM(2012) 85 def. relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea, del 12.3.2012
- Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio COM(2013) 45 def., relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, del 5.2.2013
- Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio COM(2013) 821 def., sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, del 27.11.2013
- Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio COM(2013) 822 def., sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali, del 27.11.2013
- Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio COM(2013) 824 def., sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo, , del 27.11.2013
- Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio COM(2012) 11 def. concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei

dati personali e la libera circolazione di tali dati (regolamento generale sulla protezione dei dati) del 25.01.2012

- Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio COM(2013) 44 def., riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi, del 5.2.2013
- Commissione europea, Raccomandazione del 27 novembre 2013 sul diritto al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati in procedimenti penali, GU L 378 del 24.12.2013
- Commissione europea, Raccomandazione del 27 novembre 2013, sulle garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate in procedimenti penali, GU L 378 del 24.12.2013
- Commissione europea, Relazione COM(2005) 63 def. a norma dell'articolo 34 della decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, del 23.2.2005
- Commissione europea, Relazione COM(2006) 8 a norma dell'articolo 34 della decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (versione riveduta), del 24.1.2006
- Commissione europea, Relazione COM(2010) 428 def. al Parlamento europeo e al Consiglio, ai sensi dell'articolo 22 della decisione quadro 2006/783/GAI del Consiglio, del 6 ottobre 2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, del 23 agosto 2010
- Commissione europea, Relazione COM(2011) 175 def. al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione dal 2007 della decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, dell'11.4.2011
- Commissione europea, Relazione COM(2011) 175 def. al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione dal 2007 della decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, dell'11.4.2011
- Commissione europea, Relazione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione della direttiva 2005/60/CE relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, COM(2012) 168 def., del 11.4.2012
- Consiglio dell'Unione europea, doc. 12116/09, Brussels, 15.7.2009
- Consiglio dell'Unione europea, doc. 5928/10, Brussels, 1.2.2010
- Consiglio dell'Unione europea, doc. 17503/10, Bruxelles, 6.12.2010
- Consiglio dell'Unione europea, orientamento generale, doc. 18918/11, del 21.12.2011

- Consiglio dell'Unione europea, orientamento generale, doc. 10467/12, del 31.5.2012
- Consiglio dell'Unione europea, Piano d'azione contro la criminalità organizzata, adottato dal Consiglio il 28 aprile 1997, GU C251 del 15.08.1997
- Consiglio dell'Unione europea, Piano UE sulle migliori pratiche, le norme e le procedure per contrastare e prevenire la tratta di esseri umani, (2005/C 311/01), GU C 311 del 9.12.2005
- Consiglio dell'Unione europea, Progetto di conclusioni del Consiglio sull'elaborazione e attuazione di un ciclo programmatico dell'UE per contrastare la criminalità organizzata e le forme gravi di criminalità internazionale, doc. 15358/10, del 25 ottobre 2010
- Consiglio dell'Unione europea, Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, adottato in data 24 novembre 2000, GU C 12 del 15.1.2001
- Consiglio dell'Unione europea, Proposal for a Council Framework Decision on the fight against organised crime, Council document 9067/06, Bruxelles, del 10 Maggio 2006
- Consiglio dell'Unione europea, Risoluzione del Consiglio, del 30 novembre 2009, relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, GU C295, 04.12.2009
- Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999, Conclusioni della Presidenza
- Consiglio europeo, Programma dell'Aja, adottato in data 4-5 novembre 2004, GU C 53 del 3.3.2005
- Consiglio europeo, Programma di Stoccolma, adottato in data 10-11 dicembre 2009, GU C 115 del 04.05.2010
- Consiglio europeo, Strategia europea in materia di sicurezza "Un'Europa sicura in un mondo migliore", Bruxelles, 12.12.2003
- Consiglio europeo, Strategia europea di sicurezza interna "Verso un modello di sicurezza europeo", Bruxelles, 25-26.03.2010
- Council of Europe, Recommendation (2006)8 on assistance to crime victims, 14.06.2006
- Dichiarazione sulla criminalità organizzata, Roma, 26 gennaio 1996
- Europol, EU Terrorism Situation and Trend Report
- Europol, European Organised Crime Threat Assessment
- Garante europeo per la protezione dei dati personali, Opinion of the EDPS on the initiative of the Kingdom of Belgium, the Republic of Bulgaria, the Republic of Estonia, the Kingdom of Spain, the Republic of Austria, the Republic of Slovenia and the Kingdom of Sweden for a

Directive of the European Parliament and of the Council regarding the European Investigation Order in criminal matters, Brussels, 15.10.2010

- Initiative for a Directive of the European Parliament and of the Council regarding the European Investigation Order in criminal matters, 9145/10
- Initiative of the Kingdom of Belgium, the Republic of Bulgaria, the Republic of Estonia, the Kingdom of Spain, the French Republic, the Italian Republic, the Republic of Hungary, the Republic of Poland, the Portuguese Republic, Romania, the Republic of Finland and the Kingdom of Sweden with a view to the adoption of a Directive of the European Parliament and of the Council on the European Protection Order, (2010/C 69/02), GU C 69 del 18.3.2010
- Iniziativa della Repubblica francese in vista dell'adozione della decisione quadro del Consiglio concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, (2000/C 243/03), GU C243 del 24.8.2000
- Iniziativa della Repubblica ellenica in vista dell'adozione della decisione quadro del Consiglio sull'applicazione del principio "ne bis in idem", GU C 100 del 26.04.2003
- Iniziativa del Regno del Belgio, della Repubblica di Bulgaria, della Repubblica di Estonia, del Regno di Spagna, della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Slovenia e del Regno di Svezia per una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'ordine europeo di indagine penale, (2010/C 165/02), GU C 165 del 24.06.2010
- Iniziativa del Regno del Belgio, della Repubblica federale di Germania, del Regno di Spagna, della Repubblica di Estonia, della Repubblica francese, della Repubblica di Ungheria, della Repubblica italiana, del Granducato di Lussemburgo, della Repubblica d'Austria, della Repubblica portoghese, della Romania, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia in vista dell'adozione di una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, inter-institutional file n° 2010/00801 (COD), GU C 69 del 18.3.2010
- Labayle H., *Overview of European and International legislation on terrorist financing*, studio richiesto dalla Commissione LIBE del PE, Bruxelles, 2009
- Lazarus L. e altri, *The Evolution of Fundamental Rights Charters and Case law. A comparison of the United Nations, Council of Europe and European Union systems of human rights protection*, studio richiesto dalla Commissione AFCO del PE, Bruxelles, 2011
- Levi M., Innes M., Reuter P. and Gundur R. V., *The Economic, Financial & Social Impacts of Organised Crime in the EU*, studio richiesto dalla Commissione CRIM del PE, Bruxelles, settembre 2013

- Long N., *Development of an EU criminal justice area*, studio richiesto dalla Commissione LIBE del PE, Bruxelles, 2009
- Long N., *Implementation of the European Arrest Warrant and Joint Investigation Teams at EU and national level*, studio richiesto dalla Commissione LIBE del PE, Bruxelles, 2009
- Mallet J.-C. (a cura di), *Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale: une nouvelle stratégie pour la France*, Francia, 2008
- Mégie A., Mitsilegas V. et Scherrer A., *Le rôle de l'UE dans la lutte contre la criminalité organisée transnationale* studio richiesto dalla Commissione LIBE del PE, Bruxelles, 2009
- Mitsilegas V., *The Council Framework Decision on the fight against Organised Crime: what can be done to strengthen EU legislation in the field?*, studio richiesto dalla Commissione LIBE del PE, Bruxelles, 2011
- OSCE Office of the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings, "Trafficking in Human Beings for the Purpose of Organ Removal in the OSCE Region: Analysis and Findings", *Occasional Paper Series* no. 6, luglio 2013
- Parlamento europeo, Orientation Vote: on the adoption of a Directive of the European Parliament and of the Council regarding the European Investigation Order in criminal matters prior to enter 1st reading trilogue meetings with the Council, doc. 2010/0817(COD), 8.05.2012
- Parlamento europeo, Raccomandazione destinata al Consiglio sulla valutazione del mandato d'arresto europeo, 2005/2175(INI), GU C 291E del 30.11.2006
- Parlamento europeo, Raccomandazione del Parlamento europeo destinata al Consiglio sullo sviluppo di uno spazio di giustizia penale dell'Unione europea, INI/2009/2012, del 07.05.2009
- Parlamento europeo, Relazione sulla criminalità organizzata nell'Unione europea, (2010/2309(INI) del 25.10.2011
- Parlamento europeo, Risoluzione sulla Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale "Vittime di reati nell'Unione europea - Riflessioni sul quadro normativo e sulle misure da prendere" (COM(1999) 349 - C5-0119/1999 - 1999/2122(COS)
- Parlamento europeo, Risoluzione legislativa del 5 aprile 2001, sulla posizione comune del Consiglio, C 21 E (2002)
- Parlamento europeo, Risoluzione legislativa sulla proposta di decisione quadro del Consiglio relativa alla lotta contro la criminalità organizzata, P6_TA(2005)0405, GU C 272 E del 9.11.2006

- Parlamento europeo, Risoluzione legislativa del 21.10.2008 sulla proposta di decisione quadro del Consiglio relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, P6_TA(2008)0486, GU C 15/E del 21.1.2010
- Parlamento europeo, Risoluzione sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere (relazione finale), (2013/2107(INI)), del 23.10.2013
- Raccomandazione n. R (87) 15 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri tesa a regolamentare l'utilizzo dei dati a carattere personale nel settore della polizia, adottata il 17.09.1987
- Relazione finale sulla cooperazione tra agenzie GAI, doc. 8387/10 JAI 287 COSI 17 del 9.04.2010
- Spronken T. and Attinger M., *Procedural Rights in Criminal Proceedings: Existing Level of Safeguards in the European Union*, studio commissionato dalla DG Justice and Home Affairs, 12.12.2005
- UK government, *A strong Britain in an age of uncertainty: the national security strategy*, United Kingdom, 2010

Fonti normative

- Accordi di Schengen, Schengen, 1985
- Atto del Consiglio, del 26 luglio 1995, che stabilisce la convenzione basata sull'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea che istituisce un ufficio europeo di polizia (Convenzione Europol), GU C 316 del 27.11.1995
- Azione comune 97/154/GAI del 24 febbraio 1997, adottata dal Consiglio sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea per la lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini, GU L 63 del 4.03.1997
- Azione comune 98/699, del 3 dicembre 1998, sul riciclaggio di denaro e sull'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato adottata dal Consiglio in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, GU L333 del 9.12.1998
- Azione comune 98/733/GAI del Consiglio, del 21 dicembre 1998, relativa alla punibilità della partecipazione a un'organizzazione criminale negli Stati membri dell'Unione europea, GU L 351 del 29.12.1998

- Convenzione del Consiglio d'Europa di assistenza giudiziaria in materia penale, Strasburgo, 20 aprile 1952
- Convenzione del Consiglio d'Europa di estradizione, Parigi, 13 dicembre 1957
- Convenzione del Consiglio d'Europa n° 108 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, Strasburgo, 28 gennaio 1981
- Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, Strasburgo, 8 novembre 1990
- Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta degli esseri umani, Varsavia, 16 maggio 2005
- Convenzione di applicazione degli Accordi di Schengen, Schengen, 19 giugno 1990
- Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope, Vienna, 20 dicembre 1988
- Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, New York, 20 novembre 1989
- Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, Palermo, 2000
- Convenzione europea del 29 maggio 2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, GU C 197 del 12.07.2000
- Decisione del Consiglio 2000/642/GAI, del 17 ottobre 2000, concernente le modalità di cooperazione tra le unità di informazione finanziaria degli Stati membri per quanto riguarda lo scambio di informazioni in GU L 271 del 24 ottobre 2000
- Decisione 2000/820/GAI del Consiglio, del 22 dicembre 2000, che istituisce l'Accademia europea di Polizia (AEP), GU L 336 del 30.12.2000 e poi abrogata dalla Decisione 2005/681/GAI del Consiglio, del 20 settembre 2005, che istituisce l'Accademia europea di polizia (CEPOL) e che abroga decisione 2000/820/GAI, GU L 256 del 1.10.2005
- Decisione 2002/187/GAI del Consiglio, del 28 febbraio 2002, che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, GU L 63 del 06.03.2002
- Decisione 2005/211/GAI del Consiglio del 24 febbraio 2005 relativa all'introduzione di alcune nuove funzioni del Sistema d'informazione Schengen, anche nel quadro della lotta contro il terrorismo, GU L 68/44 del 15.3.2005
- Decisione 2007/533/GAI del Consiglio del 12 giugno 2007, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II), GU L 205 del 7.8.2007

- Decisione 2008/615/GAI del Consiglio, del 23 giugno 2008, sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera, GU L 210 del 6.8.2008
- Decisione 2009/371/GAI del Consiglio, del 6 aprile 2009, che istituisce l'Ufficio europeo di polizia (Europol), GU L 121 del 15.5.2009
- Decisione 2009/426/GAI del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativa al rafforzamento dell'Eurojust e che modifica la decisione 2002/187/GAI che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, GU L 138 del 04.06.2009
- Decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, GU L82 del 22.03.2001
- Decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni, GU L 162 del 20.06.2002
- Decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo, GU L 164 del 22.06.2002
- Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, GU L 190 del 18.07.2002
- Decisione quadro 2002/629/GAI del Consiglio, del 19 luglio 2002, sulla lotta alla tratta degli esseri umani, GU L 203 dell' 1.8.2002
- Decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, GU L196 del 02.08.2003
- Decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, GU L68 del 15.3.2005
- Decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, GU L76 del 22.03.2005
- Decisione quadro 2006/783/GAI del Consiglio, del 6 ottobre 2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, GU L382 del 24.11.2006
- Decisione quadro 2006/960/GAI del Consiglio, del 18 dicembre 2006, relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni e intelligence tra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea incaricate dell'applicazione della legge, L 386 del 29.12.2006
- Decisione quadro 2008/675/GAI del Consiglio, del 24 luglio 2008, relativa alla considerazione delle decisioni di condanna tra Stati membri dell'Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale, GU L220 del 15.08.2008

- Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata, GU L 300 del 11.11.2008
- Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, GU L327 del 05.12.2008
- Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008 , sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, GU L 328 del 06.12.2008
- Decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, che modifica la decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo, GU L330 del 09.12.2008
- Decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive GU L337 del 16.12.2008
- Decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, GU L350 del 30.12.2008
- Decisione quadro 2008/978/GAI del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, GU L350 del 30.12.2008
- Decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo, GU L 81 del 27.03.2009
- Decisione quadro 2009/829/GAI del Consiglio, del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare, GU L294 del 11.11.2009
- Decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009 , sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali, GU L 328 del 15.12.2009

- Direttiva 64/221/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1964, per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, GU L 56 del 04.04.1964
- Direttiva 91/308/CEE del Consiglio, del 10 giugno 1991, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite, GU L 166 del 28.6.1991
- Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, GU L 281 del 23.11.1995
- Direttiva 2001/97/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 dicembre 2001, recante modifica della direttiva 91/308/CEE del Consiglio relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite, GU L 344 del 28.12.2001
- Decisione quadro del 2001/500/GAI del Consiglio, del 26 giugno 2001, concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, GU L182 del 5.7.2001
- Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, GU L158 del 30.04.2004
- Direttiva 2004/80/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa all'indennizzo delle vittime di reato, GU L261 del 6.8.2004
- Direttiva 2004/81/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti, GU L 261 del 6.8.2004
- Direttiva 2005/60/CE del Parlamento e del Consiglio, del 25 ottobre 2005, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo GU. L309 del 25.11.2005
- Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente, GU L 328 del 6.12.2008
- Direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009 , che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, GU L 168 del 30.06.2009

- Direttiva 2009/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 ottobre 2009, che modifica la direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni, GU L 280 del 27.10.2009
- Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, GU L 280 del 26.10.2010
- Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, GU L 101 del 15.04.2011
- Direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, GU L 335 del 17.12.2011
- Direttiva 2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 sull'ordine di protezione europeo, GU L 338 del 21.12.2011
- Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, GU L 142 dell'1.06.2012
- Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, GU L 315 del 14.11.2011
- Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari, GU L 294 del 6.11.2013
- Legge 22 aprile 2005, n° 69 in GURI n° 98 del 29.04.2005
- Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, New York, 16 dicembre 1966
- Regolamento 37/2009/CE del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante modifica del regolamento 1798/2003/CE relativo alla cooperazione amministrativa in materia d'imposta sul valore aggiunto per combattere la frode fiscale connessa alle operazioni intracomunitarie, GU n. L 14 del 20.01.2009
- Regolamento 1889/2005/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativo ai controlli sul denaro contante in entrata nella Comunità o in uscita dalla stessa, GU L309 del 25.11.2005

- Regolamento 1781/2006/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 novembre 2006, riguardante i dati informativi relativi all'ordinante che accompagnano i trasferimenti di fondi, GU L345 dell'8.12.2006
- Trattato fra il Regno del Belgio, la Repubblica federale di Germania, il Regno di Spagna, la Repubblica Francese, il Granducato di Lussemburgo, il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica di Austria riguardante l'approfondimento della cooperazione transfrontaliera, in particolare al fine di lottare contro il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale, Convenzione di Prüm, Prüm, 27 maggio 2005

Giurisprudenza

- BVerfGE 2 BvL 1/97 del 7.6.2000
- BVerfGE, 2 BvR 2236/04 del 18.7.2005
- Cass. Pen., sentenza del 8 maggio 2006, causa n°1071, *Cusini*
- Cass. Pen., sentenza del 30 gennaio 2007, causa n°4614, *Ramoci*
- Conclusioni dell'Avvocato Generale Gand del 14 novembre 1968, causa 13/68, *S.p.a. Salgoil c. Ministero del commercio con l'estero*, in Racc. 1968, p. 617 e segg.
- Conclusioni dell'Avvocato generale Capotorti dell'8 novembre 1979, causa C-44/79, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, in Racc. 1979, p. 3727 e segg.
- Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 6 aprile 1995, causa C-120/94 R, *Commissione c. Grecia (Macedonia)*, in Racc. 1996, p. I-1513 e segg.
- Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro del 25 settembre 1997, causa C-62/96, *Commissione c. Grecia*, in Racc. 1997, p. I- 6727 e segg.
- Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpstone del 15 giugno 2006, causa C-467/04, *Gasparini e altri*, in Racc. 2006, p. I-9199 e segg.
- Conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer del 12 settembre 2006, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW*, in Racc. 2007, p. I-3633 e segg.
- Conclusioni dell'Avvocato generale Maduro del 14 dicembre 2006, causa C-305/05, *Ordre des barreaux francophones e germanophone e a.*, in Racc. 2007, p. I-05305 e segg
- Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot del 24 marzo 2009, C-123/08, causa *Wolzenburg*, in Racc. 2009, p. I-9621 e segg.
- Conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi del 24 giugno 2010, causa C-482/08, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Consiglio dell'Unione europea*, in Rac. 2010, p. I-10413 e segg.

- Conclusioni dell'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón del 6 luglio 2010, causa C-306/09, *I.B.*, in Racc. 2010, p. I-10341 e segg.
- Conclusioni dell'Avvocato Generale Cruz Villalon del 12 giugno 2012, causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, non ancora pubblicata in Racc.
- Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot del 2 ottobre 2012, causa C-399/11, *Melloni*, non ancora pubblicata in Racc.
- Conclusioni dell'Avvocato Generale Eleanor Sharpston del 18 ottobre 2012, causa C-396/11, *Radu*, non ancora pubblicata in Racc.
- Corte EDU, 13 giugno 1979, causa 6833/74, *Marckx c. Belgio*
- Corte EDU, 15 dicembre 1983, causa 10227/82, *H. c. Spagna*
- Corte EDU, 21 febbraio 1986, causa 8793/79, *James e altri c. Regno Unito*
- Corte EDU, 8 luglio 1986, causa 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, *Lithgov e altri c. Regno Unito*
- Corte EDU, 19 dicembre 1989, causa 9783/82, *Kamasinski c. Austria*
- Corte EDU, 25 marzo 1992, causa 13590/88, *Campbell c. Regno Unito*
- Corte EDU, 16 dicembre 1992, causa 13710/88, *Niemetz c. Germania*
- Corte EDU, 23 novembre 1993, causa 14032/88, *Poitrimol c. Francia*
- Corte EDU, 9 dicembre 1994, causa 13092/87 e 13984/88, *Santi Monasteri c. Grecia*
- Corte EDU, 23 febbraio 1995, causa 15375/89 *Gasus Dossier und Foerdertechnik GmbH c. Paesi Bassi*
- Corte EDU, 16 settembre 1996, causa 15777/89 *Matos e Silva Lda., e altri c. Portogallo*
- Corte EDU, 24 giugno 1997, causa 19263/92, *Akkus c. Turchia*
- Corte EDU, 25 marzo 1998, causa 23224/94, *Kopp c. Svizzera*
- Corte EDU, 18 febbraio 1999, causa 24833/94, *Matthews c. Regno Unito*
- Corte EDU, 25 luglio 2000, causa 23969/94, *Mattoccia c. Italia*
- Corte EDU, 29 settembre 2000, causa 33274/96, *Foxley c. Regno Unito*
- Corte EDU, 29 aprile 2002, causa 2346/02, *Pretty c. Regno Unito*
- Corte EDU, 30 giugno 2005, causa 45036/98, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi (Bosphorus Airways) c. Irlanda*
- Corte EDU, 30 giugno 2005, causa 46720/99, 72203/01 e 72552/01, *Jahn e altri c. Germania*
- Corte EDU, 10 agosto 2006, causa 54784/00, *Padalov c. Bulgaria*
- Corte EDU, 18 ottobre 2006, causa 18114/02, *Hermi c. Italia*
- Corte EDU, 13 marzo 2007, causa 23393/05, *Castravet c. Moldova*

- Corte EDU, 27 marzo 2007, cause riunite 8721/05, 8705/05, 8742/05, *Istratii and others v Moldova*
- Corte EDU, 27 marzo 2007, causa 32432/96, *Talat Tunc c. Turchia*
- Corte EDU, 3 maggio 2007, causa 1543/06, *Baczkowski e altri c. Polonia*
- Corte EDU, 26 giugno 2007, causa 7670/03, *Longobardi c. Italia*
- Corte EDU, 14 ottobre 2008, causa 40631/02, *Timergaliyev c. Russia*,
- Corte EDU, 27 novembre 2008, causa 36391/02, *Salduz c. Turchia*
- Corte EDU, 4 dicembre 2008, causa 30562/04 e 30566/04, *S. e Marper c. Regno Unito*
- Corte EDU, 11 dicembre 2008, causa 4268/04, *Panovits c. Cipro*
- Corte EDU, 21 aprile 2009, causa 11956/07, *Stephens c. Malta*
- Corte EDU, 13 ottobre 2009, causa 7377/03, *Dayanan c. Turchia*
- Corte EDU, 17 settembre 2009, causa 10249/03 *Scoppola c. Italia (No. 2)*,
- CGUE, 14 maggio 1974, causa C-4/73, *Nold c. Commissione*, in Racc. 1974, p. 491 e segg.
- CGUE, 4 dicembre 1974, causa 41/74, *Van Duyn c. Home Office*, in Racc. 1974, p. 1337 e segg.
- CGUE, 26 febbraio 1975, causa 67/74, *Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Koeln*, in Racc. 1975, p. 297 e segg.
- CGUE, 28 ottobre 1975, causa 36/75, *Roland Rutili c. Ministre de l'Intérieur*, in Racc. 1975, p. 1219 e segg.
- CGUE, 8 aprile 1976, causa 48/75, *Royer*, in Racc. 1976, p. 497 e segg.
- CGUE, 3 luglio 1976, causa 155/79, *Pieck*, in Racc. 1976, p. 2171 e segg.
- CGUE, 27 settembre 1979, causa 230/78, *SpA Eridania - Zuccherifici nazionali e SpA Società italiana per l'industria degli zuccheri c. Ministro per l'agricoltura e le foreste, Ministro per l'industria, il commercio e l'artigianato e la SpA Zuccherifici meridionali*, in Racc. 1979, p. 2749 e segg.
- CGUE, 27 ottobre 1977, causa 30/77, *Regina c. Bouchereau*, in Racc. 1977, p. 1999 e segg.
- CGUE, 13 dicembre 1979, causa C-44/79, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, in Racc. 1979, p. 3727 e segg.
- CGUE, 18 marzo 1980, cause riunite cause riunite C-154/78, C-31/79, C-39/79, C-83/79, C-85/79, C-205/78, C-206/78, C-226/78, C-227/78, C-228/78, C-263/78, C-264/78, *SpA Ferriera Valsabbia e altri c. Commissione*, in Racc. 1980, p. 907 e segg.
- CGUE, 18 maggio 1982, cause riunite 115/81 e 116/81, *Adoui e Cornuaille*, in Racc. 1982, p. 1665 e segg.
- CGUE, 10 luglio 1984, causa 72/83, *Campus Oil e a.*, in Racc. 1984, p. 2727 e segg.

- CGUE, 15 maggio 1986, causa C-222/84, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, in Racc. 1986, p. 1651 e segg.
- CGUE, 2 febbraio 1989, causa C-186/87, *Ian Willilam Cowan c. Trésor public*, in Racc. 1898, p. 195 e segg.
- CGUE, ordinanza 29 giugno 1994, causa C-120/94 R, *Commissione c. Grecia (Macedonia)*, in Racc. 1994, p. I-3037 e segg.
- CGUE, 5 ottobre 1994, causa C-280/93, *Germania c. Consiglio*, in Racc. 1994, p. I-4973 e segg.
- CGUE, 17 ottobre 1995, causa C-70/94, *Werner*, in Racc. p. I-3189 e segg.
- CGUE, 17 giugno 1997, cause riunite C-65/95 e C-111/95, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Mann Singh Shingara e ex parte Abbas Radiom*, in Racc. 1997, pag. I-3343 e segg.
- CGUE, 29 ottobre 1998, causa C-114/97, *Commissione c. Spagna*, in Racc. 1998, p. I-6717 e segg.
- CGUE, 19 gennaio 1999, causa C-348/96, *Calfa*, in Racc. 1999, p. I-11 e segg.
- CGUE, 21 settembre 1999, causa C-378/97, *Florus Ariël Wijisenbeek*, in Racc. 1999, p. I-6270 e segg.
- CGUE, 26 ottobre 1999, causa C-273/97, *Sirdar*, in Racc. 1999, p. I-7403 e segg.
- CGUE, 11 gennaio 2000, causa C-285/98, *Kreil*, in Racc. 2000, p. I-69 e segg.
- CGCE, 13 luglio 2000, causa C-423/98, *Alfredo Albore*, in Racc. 2000, p. I-5965 e segg.
- CGUE, ordinanza del 29 settembre 2000, causa C-290/98, *Commissione c. Repubblica d'Austria*, in Racc. 2000, pp. I-07835 e segg.
- CGUE, 25 ottobre 2001, causa C-398/98, *Commissione c. Grecia*, in Racc. 2001, p. I-7915 e segg.
- CGUE, 20 novembre 2001, causa C-268/99, *Jany e a.*, in Racc. 2001 p. I-8615 e segg.
- CGUE, 11 luglio, 2002, causa C-60/00, *Carpenter*, in Racc. 2002, p. I-6279 e segg.
- CGUE, 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast*, in Racc. 2002, p. I-70912 e segg.
- CGUE, , 26 novembre 2002, causa C-100/01, *Olazabal*, in Racc. 2002, p. I-10981 e segg.
- CGUE, 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brüggge*, in Racc. 2003, p. I-1345 e segg.
- CGUE, 11 marzo 2003, causa C-186/01, *Dory*, in Racc. 2003, p. I-2479 e segg.
- CGUE, 29 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e 493/01, *Orfanopoulos e Olivieri*, in Racc. 2004, p. 5257 e segg.

- CGUE, 10 marzo 2005, causa C- 469/03, *Miraglia*, in Racc. 2005, p. I-2009 e segg.
- CGUE, 16 giugno 2005, causa 105/03, *Pupino*, in Racc. 2005, p. I-5285 e segg.
- CGUE, 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, in Racc. 2005, p. I-07879 e segg.
- CGUE, 31 gennaio 2006, causa C-503/03, *Commissione c. Spagna*, in Racc. 2006, p. I-1097 e segg.
- CGUE, 9 marzo 2006, causa C-436/04, *Van Esbroeck*, in Racc. 2006, p. I-2333 e segg.
- CGUE, 28 settembre 2006, causa C-150/05, *J .L. Van Straaten c. Staat der Nederlanden e Repubblica italiana*, in Racc. 2006, p. I-9327 e segg.
- CGUE, 28 settembre 2006, C-467/04, *Gasparini e altri*, in Racc. 2006, p. I-9199 e segg.
- CGUE, 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW*, in Racc. 2007, p. I-3633 e segg.
- CGUE, 26 giugno 2007, causa C-305/05, *Ordre des barreaux francophones e germanophone e a.*, in Racc. 2007, p. I-05305 e segg.
- CGUE, 28 giugno 2007, causa C-467/05, *Dell'Orto*, in Racc. 2007, p. I-5557 e segg.
- CGUE, 18 luglio 2007, causa C-367/05, *Norma Kraaijenbrink*, in Racc. 2007, p. I-6619 e segg.
- CGUE, 13 settembre 2007, causa C-260/04, *Commissione c. Italia*, in Racc. 2007, p. I-7083 e segg.
- CGUE, 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*, in Racc. 2008, p. I-6041 e segg.
- CGUE, 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea, Commissione delle Comunità europee, Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, in Racc. 2008, p. I-6351 e segg.
- CGUE, 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*, in Racc. 2008, p. I-6041 e segg.
- CGUE, 1 dicembre 2008, causa C-388/08 PPU, *Leymann e Pustovarov*, in Racc. 2008, p. I-8993 e segg.
- CGUE, 11 dicembre 2008, causa C-297/07, *Bourquain*, in Racc. 2008, p. I-9525 e segg.
- CGUE, 22 dicembre 2008, causa C-491/07, *Turansky*, in Racc. 2008, p. I-11039 e segg.
- CGUE, 6 ottobre 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*, in Racc. 2009, p. I-9621 e segg.
- CGUE, 21 ottobre 2010, causa C-205/09, *Eredics*, in Racc. 2010, p. I-10231 e segg.
- CGUE, 21 ottobre 2010, causa C-306/09, *I.B.*, in Racc. 2010, p. I-10341 e segg.
- CGUE, 26 ottobre 2010, causa C-482/08, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Consiglio dell'Unione europea*, in Racc. 2010, p. I-10413 e segg.

- CGUE, 9 novembre 2010, cause riunite C-92/09 e C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR e Hartmut Eifert c. Land Hessen*, in Rac. 2010, p. I-11063 e segg.
- CGUE, 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*, in Racc. 2010, p. I-11477 e segg.
- CGUE, 23 novembre 2010, causa C-145/09, *Tsakourdis*, Racc. 2010, p. I-11979 e segg.
- CGUE, 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Lopes Da Silva Jorge*, non ancora pubblicata in Raccolta
- CGUE, 29 gennaio 2013, causa C-396/11, *Ministerul Public - Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Constanța c. Ciprian Vasile Radu*, non ancora pubblicata in Racc.
- CGUE, del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal*, non ancora pubblicata in Racc
- CGUE, 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, non ancora pubblicata in Raccolta
- CGUE, 25 aprile 2013, causa C-212/11, *Jyske Bank Gibraltar Ltd c. Administración del Estado*, non ancora pubblicata in Racc.
- CGUE, 30 maggio 2013, causa C-168/13 PPU, *Jeremy F. c. Premier ministre*, non ancora pubblicata in Racc.
- CGUE, 17 ottobre 2013, causa C-291/12, *Michael Schwarz c. Stadt Bochum*, non ancora pubblicato in Racc.
- Presa di posizione dell'Avvocato generale Yves Bot del 28 aprile 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*, in Racc. 2008, p. I-6041 e segg.
- Tribunale costituzionale polacco, sentenza del 27 aprile 2005, causa n°1/05
- Suprema Corte di Cipro, sentenza del 7 novembre 2005, causa n°294/05
- Corte costituzionale ceca, sentenza del 3 maggio 2006, causa n°66/04
- Cour d'Arbitrage belge, sentenza del 13 luglio 2005, causa n°124/2005

Fonti internet

- Amato G. e Paciotti E. (coordinatori), *Lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Paper elaborato dal gruppo di Astrid, settembre 2004, accessibile all'indirizzo: <http://www.astrid-online.it/--spazio-e/Astrid-paper-24set0411.pdf>
- Amnesty International, *G8 Genoa policing operation of July 2001. A summary of concerns*, London, 1 novembre 2001, disponibile all'indirizzo: <http://www.amnesty.org/en/library/asset/EUR30/012/2001/en/7a15fdf7-d8b3-11dd-ad8c-f3d4445c118e/eur300122001en.pdf>

- Antonello C., “L’adesione dell’Italia al Trattato di Prüm: prime osservazioni”, in www.federalismi.it, n°15, 2009
- Balsamo A. e Lucchini C., “La risoluzione del 25 ottobre 2011 del Parlamento europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata”, in *Diritto penale contemporaneo*, rivista on-line, 2011, accessibile all’indirizzo: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Articolo%20Balsamo%20Lucchini.pdf>
- Blackstock J., *Briefing on the European Investigation Order for Council and Parliament*, Justice, Agosto 2010, accessibile all’indirizzo: <http://www.statewatch.org/news/2010/aug/eu-justice-briefing-eio.pdf>
- “EU implementation of UN Security Council’s ‘terrorist list’ breaches fundamental rights”, in *Statewatch News online*, 2008, accessibile at <http://www.statewatch.org/news/2008/sep/02ECJ-UN-ruling.htm>
- European Report, *Justice and home affairs: Italy blocks Deal on EU Arrest Warrant*, 8 dicembre 2001 e BBC News, *Italy U-turn on Arrest Warrant*, 11 dicembre 2001, accessibile all’indirizzo: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/1704168.stm>
- Grammatikas V., *EU Counter-terrorist Policies: Security vs. Human Rights?*, working paper, 2006, accessibile all’indirizzo: http://www.etc-graz.at/cms/fileadmin/user_upload/humsec/Workin_Paper_Series/Working_Paper_Grammatikas.pdf
- Menditto F., “Quale futuro per i beni immobili sequestrati e confiscati ? Proposte essenziali per ridurre le criticità esistenti”, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 settembre 2013, disponibile all’indirizzo: [http://www.penalecontemporaneo.it/materia/3-/33-/-/2510-
quale_futuro_per_i_beni_immobili_sequestrati_e_confiscati_proposte_essenziali_per_ridurre
le_criticit__esistenti/](http://www.penalecontemporaneo.it/materia/3-/33-/-/2510-
quale_futuro_per_i_beni_immobili_sequestrati_e_confiscati_proposte_essenziali_per_ridurre
le_criticit__esistenti/)
- Menditto F., “Quale futuro per le aziende sequestrate e confiscate (e per l’Agenzia nazionale)?”, in *Questione giustizia on-line*, settembre 2013, disponibile all’indirizzo: www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/articolo.php?id=203
- Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa, “I diritti fondamentali nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia – Prospettive e responsabilità dopo il Trattato di Lisbona”, in *Astrid on-line*, ottobre 2009, accessibile all’indirizzo: [http://www.astrid-online.it/--spazio-
e/Documenti/doc-Stoccolma-IT- 2 .pdf](http://www.astrid-online.it/--spazio-
e/Documenti/doc-Stoccolma-IT- 2 .pdf)

- Peers S. *Guide to EU decision-making and justice and home affairs after the Lisbon Treaty*, Statewatch, dicembre 2010, accessibile all'indirizzo: <http://www.statewatch.org/analyses/no-115-lisbon-treaty-decision-making.pdf>
- Peers S., *The proposed European Investigation Order: assault on human rights and national sovereignty*, Statewatch analysis, maggio 2010, accessibile all'indirizzo: <http://www.statewatch.org/analyses/no-96-european-investigation-order.pdf>
- Peers S., *The Proposed European Investigation Order*, Statewatch analysis, 24 novembre 2010, accessibile all'indirizzo: <http://www.statewatch.org/analyses/no-112-eu-eio-update.pdf>
- Valentini M., "Sicurezza nazionale, sicurezza della Repubblica", in *Gnosis. Rivista italiana di intelligence*, n°22, 2002, p. 1, accessibile all'indirizzo: <http://www.sisde.it/sito/Rivista22.nsf/servnavig/9>
- Villana M. C., "L'Agenzia europea dei diritti fondamentali: un valore aggiunto o l'ennesima duplicazione in materia di tutela dei diritti umani?" in *federalismi.it*, 5 novembre 2008, accessibile all'indirizzo: <http://federalismi.it/ApplyOpenFilePDF.cfm?artid=11215&dpath=document&dfile=03112008201816.pdf&content=L'Agenzia+Europea+dei+Diritti+Fondamentali:+un+valore+aggiunto+o+l'ennesima+duplicazione+in+materia+di+tutela+dei+diritti+umani?+-+unione+europea+-+documentazione+-+>
- Zagato L., "L'eccezione per motivi di emergenza nel diritto internazionale dei diritti umani", in *Deportate, esuli, profughe. Rivista telematica di scritti sulla memoria femminile*, n°5-6, 2006, pp. 137-156, accessibile all'indirizzo: http://www.unive.it/media/allegato/dep/Ricerche/9_Zagato.pdf
- <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201309/20130910ATT70965/20130910ATT70965EN.pdf>
- <http://www.europol.europa.eu/index.asp?page=agreements>
- http://www.europol.europa.eu/index.asp?page=content_jit
- http://www.eurojust.europa.eu/official_documents/eju_agreements.htm
- www.federalismi.it
- www.slsq.wordpress.com/2010/05/08/protezione-dati-nel-contesto-della-cooperazione-transatlantica-il-parlamento-europeo-approva-le-risoluzioni-swift-e-pnr/
- www.statewatch.org

